Kontroversen

betreffend

die Strafprozeßordnung und das Gerichts-Verfassungsgesetz

von

C. A. Voitus,
Königl. Preuß. Obertribunalrath a. D.

Lindau und Leipzig,
Verlag von Wilh. Ludwig's Buchhandlung.
1879.

Kontroversen

betreffend

die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

von

C. A. Voitus,
Königl. Preuß. Obertribunalsrath a. D.

Erster Band.

Berlin,
Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht.
1881.

Uebersicht des Inhalts

I. des ersten Hefts.

II. des zweiten Hefts.

III. des dritten Hefts.

Paragraphen-Register.

I. Strafprozeßordnung.

II. Gerichtsverfassungsgesetz.

Abkürzungen.

von Bomhard und Koller: „Die StPO. für das Deutsche Reich."
Dalcke: „Die Deutsche StPO. und das GVG. mit Kommentar in Anmerkungen."
Dochow: „Der Reichs-Strafprozeß, nach der StPO. für das Deutsche Reich systematisch dargestellt."
Hauck: „Ger.VG. für das Deutsche Reich."
von Holtzendorff: „Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts" Bd. I und II.
Keller: „Die StPO. für das Deutsche Reich."
von Kries: „Die Rechtsmittel" Breslau bei Koebner.
Löwe: „Die StPO. für das Deutsche Reich nebst dem GVG. Mit Kommentar."
Mewes: „Das Strafverfahren nach der Deutschen StPO."
Puchelt: „Die StPO. für das Deutsche Reich" (unvollendet).
von Schwarze: „Kommentar zu der Deutschen StPO. und den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des GVG."
Desselben „Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprozeßrechte."
Thilo: „Die StPO. für das Deutsche Reich."
Voitus: „Kommentar zu der StPO. für das Deutsche Reich und den dieselbe ergänzenden Vorschriften des GVG."

Die übrigen Abkürzungen bedürfen als allgemein üblich keiner Erläuterung.

Kontroversen

betreffend

die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

von

C. A. Voitus,
Königl. Preuß. Obertribunalsrath a. D.

Lindau und Leipzig,
Verlag von Wilh. Ludwig's Buchhandlung.
1879.

Vorwort.

Bei dem lebendigen Interesse, welches die im Jahre 1877 erschienenen Justizgesetze für das Deutsche Reich in den weitesten Kreisen erregt haben, ist es erklärlich, daß schon vor ihrem Inkrafttreten eine Anzahl Universitätslehrer und Praktiker sich der Besprechung und Erläuterung ihrer Vorschriften — in zum Theil bereits vollendeten, zum Theil mehr oder minder vorgeschrittenen — Kommentaren und ähnlichen Werken gewidmet haben. Die Mehrzahl derselben beschäftigt sich mit der Strafprozeßordnung. Der Grund hiefür wird darin zu suchen sein, daß dieselbe — von Dr. Dochow in von Holtzendorff's „Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts" Bd. I S. 130 als „das mangelhafteste der Justizgesetze" bezeichnet — mehr als die übrigen Anlaß zu Zweifeln bei der Auslegung ihrer Bestimmungen darbietet, die Voraussetzung, daß sich bei der Anwendung derselben in der Praxis das Bedürfniß der Benutzung von Kommentaren vorzugsweise geltend machen werde, mithin gerechtfertigt erscheint. Waltet doch auch bei solchen Rechtskundigen, welche — mit vollem Rechte — anerkennen, daß sich die Reichstags-Justizkomm. ihrer Aufgabe mit ernstem Streben bestmöglicher Lösung hingegeben habe, Einverständniß darüber ob, daß die — bereits mehrfach anderweit des Näheren erörterten — Schwierigkeiten und Hemmnisse, mit welchen dieselbe zu kämpfen hatte, der Erreichung des von ihr angestrebten Zieles, insbesondere in Bezug auf Einheit in den leitenden Grund-

sätzen und Klarheit des Sinnes einer großen Zahl einzelner Vorschriften Abbruch gethan haben. Einen Beweis hiefür liefert die überraschende Menge solcher Paragraphen, im Betreff deren die in den Kommentaren niedergelegten Ansichten sich einander gegenüberstehen.

Diese Wahrnehmung hat mich — angeregt durch wohlwollende Aufforderung eines hervorragenden Rechtsgelehrten, — bestimmt, eine, allerdings im Vergleiche zu den Kontroversen sehr geringe Anzahl von Streitfragen speciell ins Auge zu fassen und mich einer Prüfung der für die verschiedenen Meinungen in der bisher erschienenen Literatur geltend gemachten Gründe, unter Berücksichtigung der Materialien zu der StPO. und den darauf bezüglichen Vorschriften des GVG. zu unterziehen.

Ein bestimmtes Princip ist dabei so wenig in Bezug auf die Auswahl als die Reihenfolge, in welcher sie abgedruckt sind, leitend gewesen. Die einzelnen Abhandlungen sind entstanden, wie sich mir bei dem Studium der bezüglichen Literatur Anlaß dazu darbot. Nur bin ich bestrebt gewesen, mich vorzugsweise mit solchen Fragen zu beschäftigen, welche voraussichtlich schon in der ersten Zeit praktischer Anwendung der Vorschriften der StPO. und des GVG. das Interesse der betheiligten Juristen in Anspruch nehmen dürften.

Daß meine Auslegung der betreffenden Bestimmungen und die auf ihre Rechtfertigung abzielenden Ausführungen vielfach Widerspruch erfahren werden, ist zweifellos. Weichen doch die Meinungen über die bei der Interpretation der erwähnten beiden Gesetze zu befolgenden Grundsätze, insbesondere über den Einfluß, welcher den Beschlüssen der Justizkomm. und den in derselben geäußerten Ansichten beizumessen sei, in dem Grade von einander ab, daß, je nachdem das eine oder das andere Princip befolgt wird, unausbleiblich die entgegengesetzten Resul-

tate aus der Forschung nach dem Sinne einer Vorschrift sich ergeben. In letzterer Beziehung ist es vorzugsweise Dr. Dreyer (nach S. 229 der „StPO. für das Deutsche Reich, erläutert von Dr. Dreyer und Dr. Puchelt", der Verfasser der Einleitung zu diesem Werke), welcher die Verhandlungen der Justizkomm. in weiter Ausdehnung für maßgebend bei der Interpretation der StPO. erachtet. Er erklärt S. 16, 17 a. a. O., unter ausdrücklicher Identifizirung des Reichstags mit der Komm. (S. 17 g):

„In den Fällen, in welchen ein motivirter Antrag eines Kommissionsmitgliedes angenommen worden ist, kann das Gesetz der Regel nach nicht anders, als im Sinne eben dieser Motivirung verstanden werden."

„Ebenso verhält es sich, wo im Schooß der Komm. ausdrücklich das Einverständniß über die Auffassung konstatirt worden ist"; sowie

„In Fällen, in welchen die Redaktionskomm. unter Billigung der großen Komm. den Grund für eine gewählt Fassung angegeben hat".

„Wurde ein Antrag abgelehnt, so geschah dies entweder weil dasjenige, was damit bezweckt worden, für selbstverständlich erachtet wurde; der Ausleger kann nicht umhin, dasjenige als Inhalt des Gesetzes anzuerkennen, was auf solche Weise als selbstverständlich erklärt worden ist. — Oder es erfolgte die Ablehnung deshalb, weil man einen Antrag für unannehmbar erachtete, so wird umgekehrt eine Auslegung einem Gesetze ungerechtfertigten Zwang anthun, welche zu einem Ergebniß gelangt, wonach das Gesetz gleichwohl im Sinne dieses abgelehnten Antrags zu verstehen wäre."

Diese Grundsätze — nach welchen die Gerichte z. B. (erster Satz) genöthigt sein sollen, die von einem einzelnen Mit-

gliede der Justizkomm. für seinen demnächst von letzterer angenommenen Antrag angeführten Gründe selbst dann in der Regel für entscheidend zu erachten, wenn die Verhandlungen nicht einmal für die Zustimmung der Mehrzahl der Kommissions-Mitglieder zu diesen Gründen, geschweige denn für das Einverständniß der Vertreter der Regierungen zu denselben einen Anhalt darbieten — stehen nicht nur mit den Ausführungen Bl. 84 folg. dieser „Kontroversen", sondern auch mit den Aussprüchen anderer Kommentatoren in so unlösbarem Widerspruche, daß die Möglichkeit einer Ausgleichung zwischen den sich einander gegenüberstehenden Ansichten ausscheidet.

Dr. Fuchs sagt bei Besprechung des Begriffs „Verletzter" im § 170 StPO., nach Voranschickung der bei den betreffenden Berathungen in der Justizkomm. in Bezug darauf gemachten Bemerkungen (von Holtzendorff a. a. O. B. I S. 453):

> Allein weder die Verhandlungen der Justizkomm. noch viel weniger die Verhandlungen des Reichstages können für den Richter eine bindende Interpretationsquelle sein, die letzteren schon deshalb nicht, weil bei dem hier und da in seltsamer Weise zu Tage getretenen und in manchen Bestimmungen zum Ausdruck gelangten leidenschaftlichen Parteieifer das Vertrauen in die gesetzgeberische Parlaments-Weisheit nothwendige Einbuße erleiden muß, und dann, weil bei dem Bestreben, die s. g. großen Justizgesetze unter allen Umständen zu Stande zu bringen, die äußere Vereinigung zu einem Majoritätsbeschlusse keine Garantie dafür bietet, daß die von einzelnen Abgeordneten abgegebenen Erklärungen über die Aufassung einzelner Gesetzesbestimmungen der Ueberzeugungs-Ausdruck der Majorität sind.

Dr. Fuchs erklärt ferner (a. a. O. B. II S. 78) im

direkten Gegensatze zu dem zweiten der vorstehend mitgetheilten Sätze Dreyer's:

„Gleichgültig ist es auch, daß diese (von ihm besprochene) Bemerkung in die Zusammenstellung der sog. authentischen Interpretationen übernommen wurde, da solche Interpretationen für den Richter unverbindlich sind".

Mit gleicher Bestimmtheit tritt Löwe (die StPO. S. 879 Nr. 9) dem letzten jener Sätze Dr. Dreyer's entgegen, indem er sagt:

„Zwar hat die RJK. einen Antrag abgelehnt, nach welchem die ebengedachte Befugniß (das persönliche Erscheinen des Angekl. im Falle des § 451 StPO. zu fordern) dem Gericht ausdrücklich beigelegt werden sollte; allein diesem Beschluß kann ein maßgebendes Gewicht bei der Auslegung des Gesetzes nicht zugestanden werden, da er in dem letzteren selbst nicht zum Ausdruck gekommen ist, und er überdies den Grundsätzen der StPO direkt widerstreitet."

Daß derartige Gegensätze in den Ansichten über die wesentlichsten bei der Auslegung der Vorschriften der StPO. zu befolgenden Regeln unausbleiblich Ungleichmäßigkeit in den Entscheidungen der verschiedenen Gerichtshöfe zur Folge haben müssen, bedarf keines Nachweises und es würden sich hieran die ernstesten Besorgnisse für die Strafrechtspflege im Reiche knüpfen, wenn nicht zu erwarten wäre, daß das Reichsgericht darauf Bedacht nehmen wird, seine Grundsätze — sei es nach den hier vertheidigten, oder nach der entgegengesetzten Richtung hin — kundzugeben und dadurch auf Einheit in der Rechtsprechung hinzuwirken. —

Bei der Mittheilung der von den einzelnen Autoren in Bezug auf die von mir besprochenen Streitfragen geäußerten Ansichten habe ich es für eine denselben gegenüber zu erfüllende Pflicht erachtet, ihre Ausführungen nicht nur vollständig, sondern auch wörtlich wiederzugeben, um dadurch die Möglichkeit

einer auf mißverständlicher Auffassung meinerseits beruhenden Anführung auszuschließen.

Ob auch solche Stellen aus den Kommentaren aufzunehmen seien, welche bei zweifelhaften Vorschriften lediglich das Votum des Schriftstellers ohne jede Motivirung enthalten, konnte zweifelhaft sein. Als Regel darf angenommen werden, daß solche bloße Ansichts-Kundgebungen für diejenigen Rechtskundigen, welche sich mit einer Streitfrage eingehend beschäftigen, werthlos sind. Selbst die Sicherheit, mit der den Ansichten Anderer durch ein „Richtig" „Unrichtig" „Uebersieht offenbar" Beifall oder Tadel zu Theil wird, pflegen dem Leser nicht zu imponiren. Da indeß gleichwohl nicht ausgeschlossen ist, daß in einzelnen Fällen die Autorität des Schriftstellers als Ersatz für den Mangel der Motivirung seiner Ansicht erachtet wird, schien es sich zu empfehlen, auch solche Aussprüche aufzuführen.

In Fällen, wo die betreffende Streitfrage in einem Kommentar unberührt geblieben ist, habe ich dies unerwähnt gelassen. Bemerkungen wie: „X schweigt" und ähnliche (Dreyer und Puchelt S. 44 Nr. 7) schienen mir entbehrlich, da der Leser voraussetzlich aus der Nichterwähnung eines Kommentars von selbst schließen wird, in demselben sei die den Gegenstand der Abhandlung betreffende Frage nicht besprochen worden. Ueberdies könnte eine derartige Bemerkung möglicherweise der Auffassung unterliegen, als enthielte sie den Vorwurf für den Autor, eine Frage, deren Prüfung nothwendig gewesen sei, nicht ins Auge gefaßt zu haben.

Bei der Besprechung der in den Kommentaren und ähnlichen Werken niedergelegten Ansichten Anderer habe ich mich, jede Art von Kritik über ihren Werth vermeidend, ausnahmslos auf eine rein objektive Prüfung beschränkt, da ich mich mit der von einzelnen Autoren an den Tag gelegten Neigung,

mit der Kommentirung der neuen Justizgesetze zugleich eine Censur gleichartiger Arbeiten Anderer, zuweilen selbst in verletzender Form auszuüben, nicht zu befreunden vermag.

Wie sich diese Neigung äußert, mag ein Beispiel zeigen, welches ich, um nicht unberufen als negotiorum gestor für Andere aufzutreten, aus den Kritiken wähle, welche sich auf Noten meines Kommentars beziehen.

In Bezug auf die in den §§ 292 folg. StPO. behandelte Formulirung der den Geschworenen vorzulegenden Fragen enthält mein Kommentar S. 311 folgende Sätze:

> Speziellere Vorschriften, als die in den §§ 292—298 enthaltenen, in Bezug auf die Fragestellung zu geben, hat das Gesetz mit Recht unterlassen. Die Sachlage der einzelnen Fälle gestaltet sich erfahrungsmäßig in dem Grade verschieden, daß, je spezieller die gesetzlichen Bestimmungen über die den Geschworenen vorzulegenden Fragen sind, um so mehr die Aufgabe zweckmäßiger Fragestellung erschwert, anstatt erleichtert wird.
>
> Theoretische Abhandlungen, wie sie, von den verschiedenartigsten Gesichtspunkten ausgehend, über die Stellung der Haupt- und Nebenfragen in reichster Auswahl in der juristischen Literatur vorhanden sind, liegen außerhalb der Aufgabe eines Kommentars. Die Anleitungen zur Fragestellung verfehlen aber auch mehr oder minder ihren Zweck. Wohnt dem Vorsitzenden des Schwurgerichts die „Weisheit", auf welche z. B. S. 173 Bd. 2 von Goltdammers Archiv hingewiesen ist, bei, so bedarf er solcher Anleitungen nicht, um, je nach der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles, den Geschworenen durch die Fragestellung das Verständniß ihrer Aufgabe zu eröffnen und eine sachgemäße Beantwortung der Fragen zu erleichtern; mangelt sie ihm, so wird ihm das Studium theoretischer Sätze, wenn die

Komplikation des Sachverhältnisses und die Mehrdeutigkeit der einschlagenden Rechtsbegriffe die Schwierigkeiten bei der Fragestellung häuft, zur Ueberwindung derselben wenig behülflich sein.

Hierzu bemerkt Dr. Hugo Meyer in von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts B. I S. 132, nach Voranschickung, daß die Vorschriften der StPO. keinesweges mit Dalcke, Note 1 zu § 293, „nur sehr dürftige" zu nennen seien, es aber in der Natur der Sache liege, daß sie mehrfach wissenschaftlicher Erläuterungen bedürften, wörtlich:

> „Wenn statt dieser wissenschaftlichen Erläuterungen Voitus (zu § 292) den Vorsitzenden auf praktische Weisheit verweist, so beruht dies auf der bekannten Verwechselung, als wolle die wissenschaftliche Erläuterung irgend etwas Anderes als Aufklärung des Sachverhaltes erstreben."

Ob meine obigen Sätze in der That Anlaß zu diesem Exkurse Dr. Meyer's gegeben haben, ob insbesondere das von ihm durch Fettdruck markirte Wort „statt" sich aus dem Inhalte meiner Bemerkungen rechtfertigt, mag der Leser beurtheilen. Keinenfalls wird dieser aber in dem von mir Gesagten etwas dem von Meyer aufgestellten — vollkommen richtigen — Satze: „daß die wissenschaftliche Erläuterung nichts Anderes, als Aufklärung des Sachverhaltes erstreben wolle", widersprechendes finden. Möglich sogar, daß er den Dr. Hugo Meyer der „bekannten Verwechselung" von „Wollen" mit „Können" beschuldigt. Denn, daß dies „erstreben wollen" „mehr oder minder" sein Ziel bei der hier in Rede stehenden Aufgabe verfehlt, daß insbesondere zur Ueberwindung der Schwierigkeit, in thatsächlich und rechtlich komplizirten schwurgerichtlichen Untersuchungen aus dem gesammten, durch die oft mehrtägigen Verhandlungen erbrachten Material sofort das in

objektiver und subjektiver Beziehung Erhebliche auszusondern, und bei der Redaktion der Fragen den Geschworenen deren Sinn klar zu stellen, zugleich aber auch den Angriffen der „Revision" vorzubeugen — die Gabe klarer Auffassung und die Verstandesschärfe, oder, wie es die von mir in Bezug genommene Abhandlung bezeichnet, die „Weisheit des Vorsitzenden", geeigneter sind als „Anleitungen zur Fragestellung" und das „Studium theoretischer Sätze" — wird ohne Zweifel von der überwiegenden Mehrzahl solcher Juristen anerkannt werden, welche bei schwurgerichtlichen Untersuchungen als Präsidenten oder Oberstaatsanwälte Erfahrungen gesammelt haben. Vielleicht gehört der Professor Dr. Meyer nicht zu diesen.

Dem Abdruck meines Schreibens an den General-Staatsanwalt Dr. von Schwarze, welches eine Anzahl die StPO. betreffender Meinungsverschiedenheiten bespricht, denen anderenfalls besondere Abhandlungen in den „Kontroversen" hätten gewidmet werden müssen, schien mir ein Bedenken nicht entgegenzustehen, da dasselbe ungeachtet seiner polemischen Färbung sich von jeder verletzenden Aeußerung fern hält. Gleichwohl erachtete ich es für geboten, Herrn von Schwarze von meiner Absicht vor ihrer Ausführung brieflich mit dem Anheimstellen in Kenntniß zu setzen, sich gegen mich zu äußern, falls ihm die Veröffentlichung meines Schreibens nicht wünschenswerth sei. In seinem Antwortschreiben erklärt er jedoch: „daß er in keiner Weise Widerspruch gegen mein Vorhaben einzuwenden beabsichtige, sich auch nicht einmal zu einem solchen formell für berechtigt erachten würde." —

Ich übergebe das kleine Werk der Oeffentlichkeit mit dem Bewußtsein, ihm Lust und Liebe zur Sache gewidmet zu haben; verhehle mir jedoch nicht, daß hierdurch berechtigte Ausstellungen und der Nachweis von mancherlei Irrthümern nicht ausgeschlossen werden.

Wird das Unternehmen, die auf den Strafprozeß bezüglichen Kontroversen zusammenzustellen und eine Beleuchtung der für und wider die verschiedenen Ansichten geltend gemachten Gründe damit zu verbinden, an sich für zweckmäßig erachtet, und die Art der Ausführung desselben gebilligt, so würde es mir zur erfreulichen Genugthuung gereichen, diesem Heft ein zweites folgen zu lassen. Der praktische Zweck des Werkes würde dann wesentlich gefördert werden, wenn mir von den Praktikern solche Streitfragen bezeichnet würden, hinsichtlich deren sich bei der Anwendung der Vorschriften der StPO. und der dieselbe ergänzenden Bestimmungen des GVG. das Bedürfniß eingehender Prüfung herausgestellt habe.

Dessau im September 1879.

Voitus.

Berechtigt der § 245 Abs. 4 StPO. zur Prüfung der Erheblichkeit der im Abs. 1 bezeichneten „Beweismittel“ und „Thatsachen“?

In Bezug auf den § 245 StPO. weichen die Ansichten darüber von einander ab, ob die Vorschrift des Abs. 4: „Ueber die Anträge entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen“, das Gericht berechtigt, auch die Erheblichkeit des im Abs. 1 gedachten Beweismittels, beziehungsweise der Thatsache, nach Lage der Sache zu prüfen, ob es also die Aussetzung der Hauptverhandlung (Abs. 2) auch aus dem Grunde verweigern dürfe, weil es der Erhebung des beantragten Beweises überhaupt nicht bedürfe, die „Erkundigungen“ des Gegners mithin zwecklos sein würden, oder ob die Relevanzfrage auf den Beschluß über den Aussetzungsantrag ohne Einfluß bleiben müsse.

von Schwarze nimmt letzteres an. Er sagt S. 406 Nr. 2 vorweg: „Die Prüfung des Gerichts gehe dahin, ob die seit dem neuen Vorbringen abgelaufene Zeit in Hinblick auf Umfang und Inhalt desselben ausreichend gewesen sei, um die erwähnte Erkundigung vornehmen zu können.“ Er knüpft hieran Betrachtungen über das, was dem Richter in Bezug auf diese Prüfung obliege, hebt hervor, daß derselbe zur Aussetzung der Verhandlung verpflichtet sei, wenn er die bis zur Hauptverhandlung verflossene Zeit nicht für ausreichend erachte, und fährt dann fort:

> „Hiermit ist die Bestimmung des § 244 in Verbindung zu bringen. Aus ihr kann nämlich die Behauptung abgeleitet werden, daß die Prüfung des Gerichts sich auf die bezeichnete Zeitfrage beschränke, dagegen von dem Gerichte die Vertagung nicht deshalb abgelehnt werden dürfe, weil nach seiner Meinung das Beweismittel selbst unerheblich sei. Denn die Erheblich-

keitsfrage ist bei den im § 244 erwähnten Beweismitteln der Kognition des Gerichts überhaupt entzogen. Die Prüfung der Erheblichkeit und eine hierauf gestützte Ablehnung der Vertagung könnte daher nur bei solchen Beweismitteln zulässig sein, welche unter die Kategorie des § 244 fallen."

Die Worte: „aus ihr kann — abgeleitet werden", würde es zweifelhaft lassen, ob von Schwarze die „Behauptung" für berechtigt halte. Eine von ihm beigefügte Note: „Einzelne Mitglieder sprachen sich hier im entgegengesetzten Sinne aus, weil sie die Abänderung des § 244 nicht mit berücksichtigt hatten", giebt jedoch unzweideutig zu erkennen, daß er jene Behauptung zu der seinigen macht, die Prüfung des Gerichts, ob das Beweismittel selbst erheblich sei, mithin für unstatthaft erachtet.

Keller unterscheidet S. 255 zwischen Beweismitteln und Thatsachen. Hinsichtlich der ersteren hält er das Gericht für verpflichtet, ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit dessen, was die Zeugen bekunden sollen, die Verhandlung zum Zwecke der Vorladung derselben auszusetzen, sobald es sich von der Unzulänglichkeit der Erkundigungszeit überzeugt. In Bezug auf die Thatsachen erachtet er dagegen das Gericht für berechtigt, die Beweiserhebung über dieselben zu unterlassen, wenn es sie für einflußlos auf das zu fällende Urtheil hält. Bei der Begründung dieser Ansicht schickt er voraus (S. 253. 5), daß der Abs. 4 des § 245 sich selbstverständlich auf die Abs. 2 und 3 beziehe, theilt dann die wesentlichsten, bei der Berathung des § in der Justiz-Kommission abgegebenen Erklärungen mit, und deducirt demnächst 1) in Bezug auf die Beweismittel S. 255a:

„Der Abs. 4 paßte in der von den Mot. gegebenen Auslegung in das System des Entwurfs, nicht aber in das bestehende Gesetz. Der Entwurf hatte im § 244 dem Ermessen des Gerichts die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme überlassen, und konnte danach von der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen abgesehen werden, sobald solche dem Gerichte zur Bildung seiner Ueberzeugung nicht mehr erforderlich erschien. Danach mußte dem Gerichte auch in dem vom Entwurfe in § 245 allein behandelten Falle, daß Zeugen und Sachverständige zu spät namhaft gemacht wären, anheimgegeben sein, zu entscheiden, ob für die Gewinnung seiner

Ueberzeugung noch Erkundigungen über die Zeugen nothwendig seien, oder die Zeit zur Einziehung derselben ausreichend war. Nach dem heutigen § 244 müssen aber alle Zeugen und Sachverständige unabhängig von der Auffassung des Gerichts über ihren Werth oder ihre Nothwendigkeit vernommen werden. Damit der Gegner in der Sitzung nicht überrascht wird, sind ihm dieselben rechtzeitig vorher kund zu machen. Es wäre nun eine Verletzung dieses Rechtes und eine Ungleichheit der Stellung, wenn dem Gegner, trotzdem ihm die Zeit zur Einziehung von Erkundigungen mangelte, letztere vom Gerichte versagt werden könnte, während er sich gefallen lassen müßte, daß die vielleicht absichtlich zu spät namhaft gemachten Zeugen und Sachverständigen vom Gerichte unbedingt vernommen werden müßten. Demnach kann dem Gerichte nach freiem Ermessen nur die Prüfung zustehen, ob die Zeit ausreichte, um Erkundigungen über die verspätet namhaft gemachten Personen einzuziehen. Wird dieselbe verneint, so muß die Aussetzung der Verhandlung (abgesehen von den im § 244 Abs. 2 behandelten Fällen) auf Antrag eintreten, wenn auch die Ansicht des Gerichts von vornherein dahin geht, daß die Aussagen jener Personen selbst unerheblich sind, oder die Erkundigungen für die Würdigung der Aussagen jener Personen belanglos sein werden."

Im Anschlusse hieran auf die Thatsachen übergehend, führt Keller aus, daß hinsichtlich dieser einen Verpflichtung, dieselben in jeder Richtung vor der Hauptverhandlung dem Gegner mitzutheilen, namentlich auf Seiten des Angeklagten, nicht bestehe, und fährt dann fort:

„Ueber die Beweiserhebung der in der Hauptverhandlung behaupteten Thatsachen entscheidet das Gericht in Hinsicht auf ihre Erheblichkeit. An diesem Grundsatze wird durch § 245 nichts geändert. Ist aber eine Thatsache für erheblich erachtet, dann muß der Gegenbeweis statthaft sein. Die Führung desselben setzt die Kenntniß der Thatsache voraus. Fehlte die zur Vorbereitung erforderliche Zeit, so muß die Vertagung gewährt werden. Ob Einwendungen vorgebracht werden können, läßt sich von vornherein noch gar nicht beurtheilen. Durch die ausdrückliche Gewährung des Rechts auf Aussetzung ist jedem Ver-

suche eines Gerichts, den Gegenbeweis willkürlich abzuschneiden, entgegengetreten. Das Gericht hat daher die Erheblichkeit der verspätet vorgebrachten Thatsachen und die Frage, ob es dem Gegner an der zur Einziehung von Erkundigungen erforderlichen Zeit gefehlt hat, zu prüfen, nicht aber diejenige, ob nach Lage der Sache es auf den Gegenbeweis ankomme, oder seine Führung wahrscheinlich sei."

Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Gericht auf Grund des Abs. 4 des § 245 die Erheblichkeit sowohl der verspätet vorgebrachten Thatsachen, als auch des verspätet angetretenen Beweises zu prüfen berechtigt ist, wird vertreten durch

Löwe. Nach Voranschickung, daß die Mot. des Regierungsentwurfs dem Gericht in beiden Beziehungen freie Beurtheilung überweise, daß es aber fraglich sei, ob, nachdem das Gesetz im § 244 das System des Entwurfs völlig verlassen habe, das Gericht die Aussetzung der Verhandlung auch deshalb verweigern dürfe, weil nach seiner Ansicht im vorliegenden Falle, sei es wegen der Unerheblichkeit der betreffenden Thatsache, sei es wegen der Einflußlosigkeit des Beweismittels u. s. w. die Einziehung von Erkundigungen überhaupt nicht, oder nicht mehr erforderlich sei — führt er S. 616. 5 aus:

„In den Verhandlungen der Justizkomm. S. 953 folg. findet sich überwiegend die Ansicht vertreten, daß das Gericht die Aussetzung bewilligen müsse, wenn es anerkenne, daß dem Antragsteller die erforderliche Zeit für die Einziehung von Erkundigungen gefehlt habe. Gleichwohl erscheint die entgegengesetzte Ansicht als die richtige. Denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen neuen Beweismitteln und neuen Thatsachen und ebensowenig zwischen den von den Prozeßbetheiligten vorgebrachten und den von Amtswegen (Abs. 3) herbeigeschafften Beweismitteln. Nach der oben gedachten, in der Justizkomm. vertretenen Ansicht würde daher das Gericht dem Antrage auf Aussetzung auch dann nothwendig stattgeben müssen, wenn ein schon in der Anklageschrift benannter Zeuge über eine bisher nicht erörterte Thatsache befragt, oder wenn ein im Laufe der Verhandlung von Amtswegen geladener Zeuge (§ 343 Abs. 3) vernommen worden ist, ja, es würde die Ablehnung des Antrages selbst dann unstatthaft sein, wenn der betreffende Zeuge

ausgesagt, daß er gar nichts von dem Gegenstande seiner Vernehmung wisse. Dies kann nicht der Absicht des Gesetzes entsprechen, es ist daher die obige Ausführung der Mot. im vollen Umfange auch jetzt noch als zutreffend anzusehen. Sonach ist die Aussetzung der Verhandlung selbst dann nicht unerläßlich, wenn die im § 221 vorgeschriebene Namhaftmachung ganz unterblieben ist."

Uebereinstimmung hiermit giebt unzweideutig Thilo zu erkennen, wiewohl er nur der „Thatsachen" erwähnt. Er sagt § 283:

„Ueber die Vertagungsfrage entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, und zwar hat es seiner Prüfung zu unterziehen, ob es dem Gegentheil des Beweisführers, resp. des eine neue Thatsache Behauptenden an der erforderlichen Zeit zu Erkundigungen gefehlt hat, und ob es solcher Erkundigungen nach Lage der Sache überhaupt bedürfe, ob namentlich die neu behaupteten Thatsachen so relevant seien, um Einfluß auf die Entscheidung haben zu können."

Dochow bemerkt S. 190 unter Bezugnahme auf Löwe:

„Es (das Gericht) kann den Antrag auf Aussetzung auch deshalb zurückweisen, weil das betreffende Beweismittel für die Verhandlung unerheblich ist."

Derselben Ansicht ist sowohl hinsichtlich der Thatsachen als der Beweismittel Voitus S. 277. 2. Im Anschluß an die Bemerkung, daß die Regierungsvertretung die Worte „kann beantragen" mit Recht dahin aufgefaßt habe, daß dadurch dem Gericht als Regel vorgeschrieben sei, die beantragte Aussetzung zu beschließen, sofern es die Unzulänglichkeit der Zeit zur Erkundigung anerkenne, sagt er:

„Doch wird dies nur Platz greifen, wenn die Thatsache, beziehungsweise das Beweismittel für erheblich erachtet wird."

Diese letztere Auslegung des Abs. 4 wird für die richtige zu erachten sein.

Der § 208 des Regierungsentwurfs (§ 245 StPO.) hat hinsichtlich der hier interessirenden Abs. 1, 2 u. 4 eine wesentliche Abänderung in der Justizkomm. nicht erfahren. Es ist nur in der ersten Zeile zwischen „nicht" und „deshalb" das Wort „lediglich" fortgefallen; ferner sind im Abs. 2 die Worte: „oder eine zu beweisende Thatsache so spät

vorgebracht" eingeschaltet, und es ist im Abs. 4 das Wort „Antrag" in „Anträge" verwandelt worden.

Könnten die Mot. zu diesem § für maßgebend gelten, so wäre die Entscheidung der vorliegenden Frage zweifellos. Denn in denselben ist S. 138 ausdrücklich hervorgehoben, daß die Bestimmung des Abs. 1 „nicht ausschließe, daß das Gericht einen Beweisantritt dann ablehnen dürfe, wenn es nach der Lage der Sache die Ueberzeugung gewonnen habe, daß der formell begründete Antrag doch sachlich keinen Erfolg verspreche." Allein dieser, ohnehin für die Gerichte nicht bindende Ausspruch der Mot. hat in der Justizkomm. Widerspruch erfahren.

In derselben wurde die Frage, ob dem Gerichte eine Prüfung der Erheblichkeit der verspätet behaupteten Thatsache, bezw. des verspäteten Beweismittels zustehe, bei erster Lesung nicht ins Auge gefaßt (Prot. S. 375—378). Bei zweiter Lesung trat sie gelegentlich der Besprechung des Antrages von Puttkammer auf Prüfung der Worte des Abs. 2, „oder eine zu beweisende Thatsache" hervor, ohne jedoch selbständig zum Gegenstande der Debatte gemacht zu werden. Eine völlig bestimmte Erklärung über dieselbe gab nur der Abg. Dr. Lasker ab, indem er sagte (Prot. S. 459):

> Wenn der Abs. 4 das Ermessen des Gerichts entscheiden lasse, so habe dies nur den Sinn, daß richterlich geprüft werde, ob die neue Thatsache für die Beweisführung relevant sei. Der Richter sei hier vom Gesetze angewiesen, sein Ermessen nur auf einen bestimmten Punkt, auf die Relevanzfrage zu lenken; würde im einzelnen Falle das Gericht die Erheblichkeit der verspätet vorgebrachten Thatsache an sich anerkennen, und dennoch den Antrag auf Aussetzung der Verhandlung zurückweisen, so läge in einer solchen Verkürzung des rechtlichen Gehörs ein die Nichtigkeit der Verhandlung begründender Umstand.

Auch von Forcade de Biaix wies (S. 954), indem er die Beibehaltung der Worte des Abs. 2 „oder eine zu beweisende Thatsache" befürwortete, darauf hin:

> daß nach Abs. 4 des § über die Anträge auf Aussetzung der Verhandlung das richterliche Ermessen entscheide, welches durch vernünftige Erwägung aller Umstände geleitet werde, daß also die Vorschrift des Abs. 2 keineswegs den Sinn habe, es müsse

unter allen Umständen selbst da, wo evident kein Bedürfniß vorhanden sei, bei Verspätung neuer Thatsachen eine Aussetzung der Verhandlung stattfinden.

von Puttkammer faßte den § dahin auf (S. 954),

daß ein verspätetes Namhaftmachen eines Zeugen oder Sachverständigen schon an und für sich den Vertagungsanspruch begründe, so daß dann vom Gericht materiell nur zu würdigen sei, ob in der That Verspätung vorliege oder nicht.

Becker äußerte (S. 955),

die Bestimmung des §, wie sie in erster Lesung gefaßt sei, habe wenig Werth, da Alles auf das freie Ermessen des Gerichts gestellt sei, welches Ermessen auch in anderen Fällen die Aussetzung der Verhandlung verfügen könne. Ein Recht, in den hier angegebenen Fällen Vertagung zu fordern, wie sein Antrag in erster Instanz bezweckt habe, räume der § nicht ein.

Reichensperger entgegnete hierauf:

Es sei richtig, daß der § 208 in der Fassung des Entwurfs und der ersten Lesung nur instruktiven Charakter habe und keine obligatorische Vorschrift bilde; dennoch könne nicht bezweifelt werden, daß einer solchen Bestimmung materieller Werth zukomme. Durch die Fälle des § 192 (§ 227 StPO.) seien die Fälle des § 208 (§ 245 StPO.) keineswegs gedeckt; denn § 192 habe nicht die sachlichen Voraussetzungen einer Unterbrechung oder Vertagung, sondern nur die geschäftliche Behandlung derselben zum Gegenstande.

Vorangehend hatte er sich für die Beschlüsse erster Lesung ausgesprochen, und dabei bemerkt:

Die verspätete Benennung eines Beweismittels sei an sich etwas ganz Gleichgiltiges; es komme nur darauf an, was durch dasselbe bewiesen werden solle — was der Zeuge aussage, der Sachverständige begutachte. Hiermit beginne erst die Möglichkeit, daß ein materielles Interesse der Gegenpartei in Frage gestellt, und somit Anlaß dargeboten sei, daß die Verhandlung behufs näherer Information ausgesetzt werde.

von Schwarze stimmte gleichfalls für die Beibehaltung der bei

erster Lesung dem Abs. 2 hinzugefügten Worte: „oder eine zu beweisende Thatsache".

Dieselben beträfen — führte er aus — die materielle Beweisführung, die neuen Thatsachen, welche irgend ein Zeuge bestätigen solle. Es sei also der in erster Lesung beschlossene Beisatz durchaus nicht überflüssig. Wenn im Absatz 4 die Entscheidung dem freien Ermessen anheimgestellt werde, so sei damit vollkommen klar ausgedrückt, daß vom Gericht die Relevanzfrage zwar zu prüfen sei, daß dasselbe aber hierdurch in der endgiltigen Würdigung des Beweismittels bei der Urtheilsfällung nicht gebunden sei. S. 955.

Ob diese Auslassungen der Kommissions-Mitglieder genügend bestimmt sind, um mit Löwe daraus herleiten zu können, „daß in der Kommission überwiegend die Ansicht vertreten gewesen, daß das Gericht zur Verweigerung der Aussetzung der Verhandlung wegen der Unerheblichkeit der Thatsache oder der Einflußlosigkeit des Beweismittels nicht befugt sei, die Aussetzung vielmehr bewilligen müsse, wenn es anerkenne, daß dem Antragsteller die erforderliche Zeit für die Einziehung von Erkundigungen gefehlt habe" — kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls wird aus denselben zu folgern sein, daß der oben mitgetheilte Ausspruch der Mot. Zustimmung in der Justizkomm. nicht gefunden, vielmehr Widerspruch in derselben erfahren hat.

von Schwarze nimmt S. 406. 2 seines „Commentars" auf eine — auch von Keller S. 254 mitgetheilte — von dem Kommissarius der Regierungen GR. Hanauer S. 955 der Prot. abgegebene Erklärung Bezug. Soll aus derselben eine Bestätigung der Ansicht, daß die Prüfung der Relevanz der verspäteten Thatsachen und Beweismittel dem Gericht nicht zustehe, hergeleitet werden, so dürfte dies für berechtigt nicht gelten können. Die Erklärung, welche von Hanauer im Anschlusse an die oben angeführten Auslassungen von Becker und Reichensperger abgegeben wurde, lautete:

> So bedeutungslos, wie im Laufe der Diskussion gesagt worden, erscheine der § 208 denn doch nicht. Der letzte Absatz dieses § könne keineswegs dahin verstanden werden, daß schlechthin Alles in das freie Ermessen des Gerichts gestellt sei. Wenn vielmehr Abs. 2 betone, es könne die Aussetzung der Verhandlung zum Zwecke der Erkundigung beantragt werden, so sei

es damit dem Gerichte für solchen Fall als Regel vorgeschrieben, die beantragte Aussetzung zu beschließen. Er interpretire den § 208 dahin, daß über die Frage, ob die zur Einziehung von Erkundigungen erforderliche Zeit ausgereicht habe, das freie Ermessen des Gerichts entscheide, daß aber das Gericht, wenn es annehme, daß die Zeit nicht gereicht habe, die Vertagung nicht versagen dürfe. Nach seiner Auffassung würde es eine Nichtigkeit des Verfahrens bilden, wenn die Entscheidungsgründe konstatiren, daß jene Zeit nicht ausreichend erscheine, und gleichwohl der Antrag auf Vertagung zurückgewiesen werde. Der Zusatz, welchen die Kommission in erster Lesung beschlossen, habe keinen rechten Werth, wenn nicht an diese Worte Folgerungen geknüpft werden sollten, welche geradezu unerträglich erscheinen. Es sei gar nicht möglich, vorauszubestimmen, welche einzelnen Thatsachen durch jedes einzelne Beweismittel bewiesen werden können.

Diese Erklärungen Hanauer's — seine weiteren Bemerkungen bezwecken die Beseitigung der mehrerwähnten Einschaltung der Justizkomm. bei erster Lesung — lassen die hier streitige Frage über die Prüfung der Relevanz der verspäteten Thatsachen und Beweismittel unberührt und sollen jedenfalls nur den Sinn haben, daß, wenn die dem Gegner des Beweisführers zur Einziehung von Erkundigung verbliebene Zeit dem Gericht nicht ausreichend erscheine, dasselbe den Vertagungsantrag nicht aus dem Grunde zurückweisen dürfe, weil es annehme, der Antragsteller bedürfe, um sich über die verspäteten Thatsachen und Beweismittel auszusprechen, einer vorgängigen Information überhaupt nicht. Wäre aber auch seinen Aeußerungen eine andere Deutung zu geben, so würde die Entscheidung der Streitfrage gleichwohl schon deshalb nicht darauf gegründet werden dürfen, weil die Worte: „Er interpretire den § 208 dahin u. s. w." darüber keinen Zweifel lassen, daß Hanauer lediglich seine persönliche Ansicht von dem Sinne des § zur Kenntniß der Justizkomm. hat bringen, nicht aber Namens der verbündeten Regierungen eine auf Beschluß derselben beruhende Erklärung abgeben wollen.

Bei dieser Sachlage — deren ausführliche Darlegung in der Bedeutung der Streitfrage für das strafrechtliche Verfahren ihre Rechtfertigung finden wird — ist die Entscheidung der letzteren nur aus dem

Inhalte des § 245 selbst herzunehmen. Die Prüfung desselben führt aber zu der Annahme, daß das Gericht, auch wenn es sowohl die neuen Thatsachen oder Beweismittel für verspätet, als auch die dem Gegner seit der Kenntnißnahme von demselben verbliebene Zeit zur Einziehung von Erkundigung für unzulänglich hält, dennoch den Antrag des letzteren auf Aussetzung der Verhandlung aus dem Grunde zurückzuweisen berechtigt sei, weil es der Ueberzeugung ist, daß, auch wenn die Thatsachen erwiesen, und der neue Beweis erhoben würde, dies einen Einfluß auf das von ihm zu fällende Urtheil keinesfalls äußern könne.

Für diese Ansicht spricht zunächst die völlig allgemein gehaltene Fassung des Abs. 4 des §: „Ueber die Anträge entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen." Selbst wenn kein Gewicht darauf gelegt wird, daß in der Justizkomm. an Stelle der im Entwurf gewählten Einheit „Antrag" die Mehrheit „Anträge" gewählt ist, umfaßt doch jene den drei ersten Absätzen des § als ein besonderes alin. angereihte Vorschrift auch den Abs. 1, also den Antrag auf Erhebung neuen Beweises, beziehungsweise auf Ermittelung neuer Thatsachen. Bei der Beschlußnahme über diesen Antrag beschränkt der Abs. 1 das Gericht nur in der Beziehung, daß es die Zurückweisung des Antrages nicht darauf gründen darf, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Thatsache zu spät vorgebracht worden sei. In allen übrigen Beziehungen entscheidet das Gericht „nach freiem Ermessen". Abs. 4. Hierzu gehört aber in erster Linie die Prüfung, ob die beantragte „Beweiserhebung" nach irgend einer Richtung hin auf das Endurtheil von Einfluß sein könne. Verneint das Gericht diese Frage — sei es weil die Thatsache auf die Schuld, beziehungsweise Unschuld des Angeklagten einen Schluß nicht zulasse, auch auf das Strafmaß nicht einwirken könne, oder weil das neue Beweismittel gesetzlich unstatthaft (Herbeischaffung von Leumundszeugnissen) oder bei der Stärke des schon vorliegenden Beweises nicht zu berücksichtigen sei (nicht zu beeidendes Zeugniß der Ehefrau des Angeklagten), oder, weil es zum Erweise einer Thatsache beigebracht worden, welche durch den bereits erhobenen Beweis vollständig erbracht sei — so ist es so berechtigt als verpflichtet, die im Abs. 1 des § gedachte „Beweiserhebung als völlig zwecklos abzulehnen. Dieser den Gesetzen der Logik entsprechende Satz ist in dieser Allgemeinheit nicht nur in den Strafprozeßordnungen aller Länder anerkannt,

sondern findet seinen Ausdruck auch in den §§ 219, 243 Abs. 2 StPO. Es würde mit einer gesunden Strafrechtspflege völlig unvereinbar sein, das Landgericht in einer vor ihm verhandelten Untersuchung zu nöthigen, einen Beweis zu erheben, dessen unbedingte Irrelevanz nach dem einstimmigen Urtheil aller Mitglieder desselben klar vorliegt, beispielsweise die Vorladung eines im Laufe der Beweisaufnahme über den Einwand der Nothwehr vorgeschlagenen neuen Zeugen anzuordnen und auf den Antrag des Gegners (Abs. 2) die Verhandlung zu vertagen, um demnächst in einer neuen Hauptverhandlung das ganze Verfahren einschließlich der bereits stattgehabten Beweiserhebung zu erneuern, obgleich Einverständniß der Richter darüber obwaltet, daß jener Einwand bereits durch die in der Hauptverhandlung abgehörten Zeugen als zweifellos begründet erwiesen sei, der Angeklagte mithin schon bei dermaliger Sache freigesprochen werden müsse. Selbst wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung eventuell — für den Fall des Mißlingens dieses Einwandes — noch einen anderen Präjudizial-Einwand (§ 52 RGE.) auf und unter Beweis gestellt hätte, würde auch letzterer nach der gegnerischen Ansicht — gleichviel, ob der Angeklagte sich in Haft befindet oder nicht — unter Aussetzung der Hauptverhandlung erhoben werden müssen.

Jene Ansicht führt aber auch zu dem frappanten Resultat, daß sie dem Angeklagten eine sichere Handhabe bietet, um die Beendigung der gegen ihn anhängigen Untersuchung überhaupt abzuwenden. Denn, da der erste Absatz des § 245 die Ablehnung der Beweiserhebung auf Grund der Verspätung verbietet, ohne zwischen der ersten Hauptverhandlung und einer nach deren Aussetzung (Abs. 2) stattfindenden zweiten und dritten zu unterscheiden, so würde der Angeklagte nur nöthig haben, auch bei diesen erneuerten Verhandlungen im Laufe der Beweisaufnahme eine neue unerhebliche Thatsache, oder ein neues ungeeignetes Beweismittel vorzubringen, um dadurch — falls letzteres nicht zur Stelle ist, oder der Gegner von dem ihm durch den Abs. 2 gewährten Rechte Gebrauch macht — das Gericht zu nöthigen, auch diese Hauptverhandlung, behufs der zwecklosen Beweiserhebung in einer anderweit anzuberaumenden auszusetzen.

Diesen Bedenken gegen die Ansicht, daß der Abs. 1 des § 245 dem Gericht die Prüfung der Erheblichkeit der dort gedachten „Beweiserhebung" entziehe, werden sich die Vertheidiger derselben auch voraussetzlich nicht verschließen; sie stützen dieselbe aber auf den § 244.

von Schwarze macht S. 407 zu ihrer Rechtfertigung geltend: „daß die Erheblichkeitsfrage bei den im § 244 erwähnten Beweismitteln der Kognition des Gerichts überhaupt entzogen sei"; und Keller sagt S. 255: „Der Entwurf habe im § 244 dem Ermessen des Gerichts die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme überlassen" — „nach dem heutigen § 244 müssen aber alle Zeugen und Sachverständigen unabhängig von der Auffassung des Gerichts über ihren Werth oder ihre Nothwendigkeit vernommen werden." Auch Löwe erwägt S. 616. 5 als einen Zweifelsgrund gegen seine — hier vertheidigte — Ansicht: „daß der § 244 das System des Entwurfs völlig verlassen habe."

In der Frage, ob dem § 244 der ihm von Keller und v. Schwarze vindicirte Einfluß auf die Auslegung des § 245 einzuräumen sei, liegt wohl der Schwerpunkt der Differenz zwischen den beiden hier einander gegenübergestellten Ansichten. Jene Frage wird aber zu verneinen sein.

Der § 244 läßt den oben als der allgemeinen Rechtstheorie entsprechend, und in der StPO. zur Geltung gekommen bezeichneten Grundsatz: „daß das Gericht die Erheblichkeit behaupteter Thatsachen und angebotener Beweismittel zu prüfen habe," in ihrer Allgemeinheit gänzlich ungefährdet. Er konstituirt eine Ausnahme von dieser Regel in der alleinigen Beziehung, daß das Gericht solche Beweismittel, welche in der Hauptverhandlung zur Stelle sind, hinsichtlich deren es einer Vorladung, beziehungsweise Herbeischaffung mithin nicht mehr bedarf, nicht aus dem Grunde soll zurückweisen dürfen, weil nach seiner Ansicht die Erhebung dieses Beweises — gleichviel aus welchem Grunde — unzulässig oder zwecklos sein würde. Ob diese von der Justizkommission herbeigeführte Abweichung von dem generellen Princip gerechtfertigt sei, kann hier unerörtert bleiben; denn, beschränkt sie sich auf das in der Hauptverhandlung gegenwärtige Beweismaterial, so folgt von selbst, daß sie auf den § 245, welcher eine allgemeine Vorschrift enthält, und ausdrücklich dem Falle vorsieht, wenn behufs Feststellung einer Thatsache oder Erhebung von Beweis neue Vorladungen von Zeugen und Sachverständigen nöthig sind, keinen Bezug hat, daß mithin bei seiner Auslegung die betreffende Bestimmung des § 244 nicht herangezogen werden darf.

Daß aber in der That der § 244 dem Gericht die Prüfung der Relevanzfrage nicht allgemein, sondern lediglich in Bezug auf solchen

Beweis hat entziehen wollen, dessen sofortiger Erhebung in der Hauptverhandlung nichts entgegensteht, folgt schon aus der Vorschrift des unmittelbar vorangehenden § 243, nach welcher es, „wenn ein Beweisantrag abgelehnt werden soll", eines Gerichtsbeschlusses bedarf. Denn mit dieser Vorschrift, durch welche die Befugniß des Gerichts zur Ablehnung eines Beweisantrags ausdrücklich anerkannt ist, würde der erste Abs. des § 244 im Widerspruch stehen, wenn er nicht auf solche Beweismittel beschränkt würde, welche in der Hauptverhandlung sofort zur Hand sind.

Zu dieser Auslegung des ersten Satzes des Abs. 1 führt aber auch sein eigener Inhalt. Unter „vorgeladenen Zeugen" würden zwar, an dem Wortsinne festgehalten, auch die zwar vorgeladenen aber ausgebliebenen zu verstehen sein. Es sind aber — wie auch Löwe S. 613. 2 und v. Schwarze S. 604. 4 ausführen — die erschienenen gemeint. Nächst dem von Löwe hierfür angeführten Grunde, daß, von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, der Angeklagte in der Lage sein würde, das Verfahren durch Ladung von Zeugen, von denen er weiß, daß sie nicht erscheinen können, hinzuhalten, sprechen dafür die Worte: „die anderen herbeigeschafften Beweismittel", da es an jedem Grunde gefehlt haben würde, bei den „anderen Beweismitteln" die Nothwendigkeit ihrer Berücksichtigung von ihrer Bereitschaft in der Hauptverhandlung abhängig zu machen, dieselben dagegen in Betreff der Zeugen und Sachverständigen auch auf die ausgebliebenen auszudehnen. Hierzu kommt, daß der Zweck jenes ersten Satzes dahin geht, die Pflichten des Gerichts zur Beweiserhebung für die gerade stattfindende Hauptverhandlung zu bestimmen, die Anordnungen desselben sich daher nicht auf solchen Beweis beziehen können, dessen Erhebung durch die Abwesenheit der Beweismittel verhindert wird.

Des — durch eine erhebliche Ausdehnung dieser Abhandlung bedingten — Nachweises, auf Grund welcher Argumente die Justizkomm. den dahin lautenden § 207 des Entwurfs: „Den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein", in die vier Sätze des § 244 StPO. umgewandelt hat, sowie ferner der Erörterung, in wie weit die bei drei Lesungen (Prot. S. 370—374. 771. 772. 949—952 und Verhandl. v. 12. November 1876 S. 10) von den Mitgliedern der Justizkomm. und dem Kommissarius der Regierungen abgegebenen Er-

klärungen einen sicheren Anhalt dafür bieten, welche Ansichten in Bezug auf die hier zur Beurtheilung vorliegende Frage vorgewaltet haben, wird es gegenüber Keller und v. Schwarze nicht bedürfen, da sowohl in ihren, als in den übrigen oben bezeichneten Kommentaren davon ausgegangen ist, daß es sich im § 244 Abs. 1 um parate Beweismittel handle. von Schwarze hat diese Ansicht in der bereits angeführten Stelle S. 406. 4, sowie in dem Satze S. 405. 1: „Es wird daher zur Nichterbringung eines anwesenden Beweismittels ebenso die Zustimmung des Gerichts, wie die des Staatsanwalts und des Vertheidigers erfordert", zu erkennen gegeben, und Keller sagt S. 250: „das Gericht ist nicht befugt, die Beweisaufnahme zu schließen, ohne daß die sämmtlichen herbeigeschafften Beweismittel erschöpft sind." Löwe spricht S. 614. 3 von „geladenen und anwesenden Zeugen"; Thilo deutet S. 281. 1 durch die Erwähnung, daß nach dem Regierugsentwurf das Gericht habe befugt sein sollen, die Beweisaufnahme ohne Erschöpfung sämmtlicher herbeigeschaffter Beweismittel zu schließen, gleichfalls darauf hin, daß er den § nur auf das in der Hauptverhandlung gegenwärtige Beweismaterial beziehe. Auch in dem „Berichte" der Justizkomm. „über den Entwurf einer StPO." ist bei der Besprechung der Abänderungen, welche der § 207 des Entwurfs (§ 244 StPO) erfahren, nur von „herbeigeschafften" Beweismitteln die Rede. S. 64.

Hiernach hat der § 244 den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß das Gericht die Erheblichkeit der von den Parteien vorgebrachten Thatsachen und angebotenen Beweismittel zu prüfen, und auf Grund dieser Prüfung den Umfang der Beweiserhebung zu bestimmen habe, keineswegs aufgehoben; er beschränkt vielmehr das Gericht in der Anwendung jenes Grundsatzes, wie schon erwähnt, lediglich in dem einen Punkte, daß er dasselbe unbedingt nöthigt, solche Beweismittel, welche in der Hauptverhandlung gegenwärtig sind, beziehungsweise bereit liegen, im Betreff deren es mithin keinerlei Anordnungen zum Zwecke ihres Erscheinens oder ihrer Herbeischaffung bedarf, zu erheben. Eine derartige Ausnahme-Vorschrift — zu deren Rechtfertigung in der Justizkomm. unter Anderem S. 951 bemerkt wurde: „was es denn schade, wenn hin und wieder einige überflüssige Leumundszeugen vernommen würden" — darf aber um so weniger über ihren Sinn und Zweck hinaus zur Anwendung gebracht werden, als sie in dem Grade singulär

ist, daß der Abg. Dr. Gneist S. 951 der Prot. bemerkte: „Keine der größeren Gesetzgebungen kenne eine Beschränkung, wie sie die Kommission eingeführt habe". Bei der Auslegung und Anwendung des § 245 muß dieselbe daher außer Betracht bleiben.

Hiervon ausgegangen wird das Gericht durch diesen § bezüglich seiner Beschlußnahme nur in so weit gebunden, als es in Fällen, wo es den Beweiserhebungsantrag für erheblich, und die dem Gegner zur Einziehung von Erkundigungen verbliebene Zeit nicht für ausreichend erachtet, den Antrag des letzteren auf Aussetzung der Hauptverhandlung nicht aus dem Grunde zurückweisen darf, weil es ein Bedürfniß desselben zur Informations-Einziehung nicht anerkennt.

Bedeutung der Worte: „die sämmtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen" im § 244 Abs. 1 StPO.

Der vorstehend in Verbindung mit dem § 245 besprochene § 244 hat eine Meinungsverschiedenheit darüber herausgestellt: ob die Worte des Abs. 1: „die sämmtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen" sich nur auf die vorgeladenen, im Gegensatze zu den ohne Vorladung von der Staatsanwaltschaft oder dem Angeklagten in der Hauptverhandlung gestellten Zeugen und Sachverständigen, oder auch auf die letzteren beziehen.

Keller stimmt S. 249 für die letztere Alternative. „Wenn das Gesetz von den vorgeladenen Zeugen spricht" — führt er aus — so hat es damit den gewöhnlichen Fall, wie Zeugen zur Stelle geschafft werden, im Auge; es wollte aber nicht die freiwillig erschienenen Zeugen in anderer Weise angesehen wissen. Nach dem Gange der Verhandlungen der Justizkomm. soll die ganze Beweisaufnahme getroffen werden." Der entgegengesetzten Meinung sind

Dalke S. 152. 3, Dochow S. 189. 1, Löwe 613. 2 und Voitus 276 2.

Löwe sagt: Bezüglich der vom Angeklagten gestellten Personen

entscheide über die Nothwendigkeit der Vernehmung das Gericht. Zwar scheine die in dem Bericht der Justizkomm. entwickelte ratio legis für die entgegengesetzte Ansicht zu sprechen. Allein man werde doch auf den Wortlaut des Gesetzes das entscheidende Gewicht um so mehr legen müssen, als man andernfalls mit Rücksicht auf § 245 Abs. 1 nicht berechtigt sein würde, zwischen den bei Beginn der Beweisaufnahme und den erst später gestellten Zeugen zu unterscheiden, die Bestimmung aber zweifellos dem äußersten Mißbrauch ausgesetzt sein würde, wenn der Angekl. einen unbedingten Anspruch auf Vernehmung aller derjenigen Personen hätte, die er im Laufe der Verhandlung vielleicht aus dem Zuhörerraum herbeihole.

Voitus bemerkt: „Wie aus der Wahl des Wortes „vorgeladenen" hervorgehe, beziehe sich die Vorschrift nicht auf die ohne Ladung in der Hauptverhandlung gestellten Zeugen und Sachverständigen — wenngleich bei der Berathung des § in der Sitzung der Justizkommission vom 12. Novbr. 1876 S. 10 allgemein von „erschienenen" Zeugen die Rede sei."

Die letztere Meinung wird den Vorzug verdienen.

Wie schon in der vorstehenden den § 245 betreffenden Abhandlung bei Besprechung des § 244 ausgeführt worden, ist eine extensive Interpretation des Abs. 1 dieses § mit Rücksicht auf die exceptionelle Natur seiner Vorschrift unstatthaft. Schon aus diesem Grunde wird die Verpflichtung des Gerichts zur Aufnahme eines Beweises, von dessen Unerheblichkeit es überzeugt ist, nicht über den Wortsinn der Vorschrift hinaus auszudehnen sein. Aber auch de lege ferenda lag genügender Grund vor, jene Verpflichtung wenigstens auf die vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen zu beschränken, und es nicht in das Belieben des Angeklagten zu stellen, die Abhörung von ihm gestellter oder aus der Zuhörerschaft gewählter Zeugen und Sachverständigen über gleichgiltige Dinge zu erzwingen, um die Verhandlung in die Länge zu ziehen. Daß einem derartigen mit der Würde der Aufgabe des Gerichts unvereinbaren Mißbrauch des Vertheidigungsrechts gesetzliche Sanktion habe verliehen werden sollen, ist um so weniger anzunehmen, als, wenn dies die Absicht der Justizkomm. gewesen wäre, es nahe gelegen hätte, dem in dem angenommenen Antrage S. 371, 374 der Prot. gewählten Ausdruck „vorgeladenen", das Wort „anwesenden" oder „erschienenen" zu substituiren.

Keller's Bemerkung S. 250. 1: „Nach dem Gange der Verhandlungen der Justizkomm. solle die ganze Beweisaufnahme getroffen werden", dürfte ohne den Hinweis auf die hierfür geltend zu machenden, in der Justizkommission abgegebenen Erklärungen zur Unterstützung seiner Ansicht nicht geeignet sein. Nach Ausweis der S. 6 folg. der „Kontrov." in Bezug genommenen Verhandlungen hat sich der Streit bei der Berathung des § 207 des Entwurfs (§ 244 StPO.) in der Justizkomm. nur um die allgemeine Frage: ob, und innerhalb welcher Grenzen das Gericht bei der Beschlußfassung über die Anträge auf Beweiserhebung gebunden sein solle, bewegt; die hier vorliegende specielle Frage ist nicht zum Gegenstande einer Besprechung, geschweige denn einer Abstimmung gemacht worden. Es könnte deshalb auch den von einzelnen Mitgliedern bei der Debatte gebrauchten Ausdrücken ein entscheidendes Gewicht bei der Auslegung des Abs. 1 des § 244 selbst dann nicht beigelegt werden, wenn dieselben deren weitere Auffassung des Wortes „vorgeladenen" außer Zweifel stellten. Aber auch dies ist nicht der Fall.

Daß der dem § zum Grunde liegende Antrag von Schwarze die Worte „die sämmtlichen vorgeladenen" enthielt, ist bereits erwähnt; dieselben Worte brauchte v. Puttkamer in seinem bei zweiter Lesung gestellten Antrage S. 949. Dr. Bähr beantragte S. 371 einen — nicht zur Annahme gelangten — Zusatz zu jenem Antrage v. Schwarze: „Das Gericht darf jedoch die beantragte Erhebung eines bereitgestellten Beweismittels über eine erhebliche Thatsache, wenn es diese nicht ohnehin schon für erwiesen erachtet, nicht ablehnen." Bei Begründung dieses Antrages bemerkte er: „Um Verschleppungen zu vermeiden, habe er seinen Antrag auf bereitgestellte Beweismittel beschränkt." S. 374. Struckmann und Reichensperger beantragten den Zusatz zu dem Entwurf: „Das Gericht darf einen Beweisantrag nur dann ablehnen, wenn es die Aufnahme des Beweises für völlig unerheblich erachtet", und Reichensperger fügte einem Antrage, nach welchem das Gericht die Anzahl der Zeugen sollte beschränken dürfen, hinzu: „die Auswahl der hiernach zu vernehmenden Zeugen steht demjenigen zu, auf dessen Antrag sie geladen sind". S. 370, 371. Dr. Völk sagte S. 372: Es lasse sich nicht rechtfertigen, daß die Richter, wenn sie das Factum für hinreichend klargestellt, oder die Thatsache für völlig unerheblich hielten — nun die weitere Be-

weisaufnahme abschnitten und die Geschworenen zur Berathung schickten." Dann: „das ganze in der Verhandlung beigebrachte Material müsse womöglich in der Hauptverhandlung vorgeführt werden." Ferner: „So lange auch nur ein ganz irrelevanter Entlastungszeuge unvernommen bleibe, könne der Angeklagte sich einreden, er sei nicht gerecht behandelt." Dr. Marquardsen: „Er ziehe das Zuviel dem Zuwenig vor. Ebensogut, wie man den Angeklagten selbst ausreden lasse, müsse man ihm auch gestatten, alle Zeugenaussagen zu produciren, auf welche er sich zu stützen beabsichtige." S. 374. Dr. Bähr: „Um Verschleppungen zu vermeiden, habe er seinen — oben erwähnten, abgelehnten — Antrag auf bereitgestellte Beweismittel beschränkt." S. 374. von Puttkamer sagt bei Rechtfertigung seines oben angeführten, bei zweiter Lesung gestellten Antrags: „Er wolle in Bezug auf die Vorschrift, daß sich die Beweisaufnahme auf sämmtliche Beweismittel zu erstrecken habe, dem Beschlusse erster Lesung dahin entgegenkommen, daß er" u. s. w. S. 950. Abg. Herz S. 950: „Der § 207 (Entw.) nach den Kommissionsbeschlüssen enthalte eine Norm von gleichmäßigem Interesse für den Staatsanwalt und Angeklagten. Keinem solle ein Beweismittel abgeschnitten werden; — in Baiern würden alle Zeugen und Sachverständige vernommen." Nach einer Zwischenbemerkung des Kommissarius der Regierungen sagte Dr. Völk: „In Baiern müßte der Richter alle geladenen Zeugen wirklich vernehmen." S. 951.

Ebensowenig, wie aus den Bemerkungen solcher Mitglieder der Justizkomm., welche nur der „geladenen", „vorgeladenen" Zeugen und Sachverständigen erwähnen, mit Sicherheit zu schließen ist, daß sie die erst in der Hauptverhandlung gestellten von der Vorschrift des § 244 haben ausschließen wollen, wird sich behaupten lassen, daß diejenigen, welche sich der Worte: „alle Zeugen und Sachverständige", „sämmtliche Beweismittel", „bereitgestellte Beweismittel" bedient haben, oder vom „Abschneiden der weiteren Beweisaufnahme" sprechen, ihre Absicht, das Gericht auch zur Abhörung der erst in der Verhandlung sistirten Zeugen und Sachverständigen zu nöthigen, haben zum Ausdruck bringen wollen.

Daß auch aus der von Voitus erwähnten, von dem Kommissarius der Regierungen S. 10 des Sitzungs-Protokolls vom 12. Novbr. 1876 gemachten, lediglich recitirenden Bemerkung: „Bei den früheren Ver-

handlungen habe sich eine Differenz kundgegeben, ob durch § 207 (des Entw.) dem Gericht das Ermessen entzogen werden solle, ob es die vor ihm „erschienenen“ Zeugen vernehmen wolle oder nicht“ — eine Unterstützung für Keller's Ansicht nicht herzunehmen ist, folgt schon daraus, daß es sich dort ausschließlich um die Frage handelte, ob der dem Abs. 1 des § 244 entsprechende Beschluß erster Lesung auch auf die schöffengerichtlichen Sachen Anwendung finden solle (S. 9), der Kommissarius der Regierungen mithin nicht zu besorgen hatte, daß aus der Wahl des — diese Frage nicht berührenden — Wortes „erschienenen“ ein Schluß in Betreff der hier vorliegenden Frage werde gezogen werden.

Endlich läßt sich auch aus den Worten der zweiten Zeile des Abs. 1: „sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel“ für die Ansicht, daß unter „vorgeladene Zeugen und Sachverständige“ auch nicht vorgeladene zu verstehen seien, nichts hernehmen. Wollte man dieselben bei der Auslegung der Worte der ersten Zeile heranziehen, so möchte der Ausdruck: „herbeigeschaffte“ mehr auf solche Beweismittel, welche auf Anordnung des Gerichts oder des Vorsitzenden zur Benutzung in der Hauptverhandlung bereit gelegt sind, als auf solche hindeuten, welche der Angeklagte oder der Staatsanwalt erst während jener Handlung producirt.

Gebührt nach dem § 50 Abs. 4 und dem § 69 Abs. 5 StPO. das Urtheil darüber, ob sich die als Zeuge vorgeladene Militärperson durch ihr Ausbleiben, beziehungsweise durch Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung strafbar gemacht habe, dem Militärgericht oder dem Civilgericht?

Der Abs. 4 des § 50 StPO. hat zu einer Meinungsverschiedenheit

I. darüber Anlaß gegeben: ob die Worte desselben: „die Festsetzung und die Vollstreckung" dem Militärgericht auch das Urtheil darüber zuweise, ob der Zeuge sich durch sein Ausbleiben strafbar gemacht habe, oder ob dies Urtheil dem Civilgericht, bzhw. Richter (Abs. 3) anheimfalle, und vom Militärgericht nur die Art und Höhe der Strafe zu bestimmen sei. Diese letztere Meinung wird vertreten von

Geyer, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts von v. Holtzendorff S. 273 N. 7. Er sagt:

„Dem Militärgericht steht nach dem 4. Abs. nur die Festsetzung (d. h. Bemessung) und Vollstreckung der Strafe zu, während das Civilgericht bindend darüber entscheidet, ob die Strafe verwirkt ist und im Bejahungsfalle den Zeugen in die Kosten verurtheilt." Desgl.

Löwe S. 309. 22:

„Uebrigens hat das Militärgericht nur darüber zu entscheiden, welche Strafe zu verhängen sei; darüber, ob das Ausbleiben des Zeugen für genügend entschuldigt anzusehen sei oder nicht, mit a. W., ob derselbe eine Strafe verwirkt habe oder nicht, entscheidet das ordentliche Strafgericht (Civilgericht) und diese Entscheidung ist für das Militärgericht bindend. Es

geht dies auch daraus hervor, daß Abs. 4 nur von der Strafe, nicht von den Kosten spricht; die Verurtheilung des Zeugen in die Kosten erfolgt durch das ordentliche Strafgericht."

Entgegengesetzter Ansicht ist

Thilo, wie daraus gefolgert werden muß, daß er, ohne in der vorstehend angegebenen Weise zu unterscheiden, sich allgemein dahin ausspricht S. 53. 17:

„Der letzte Absatz des § 50 ist eine Konsequenz aus der im § 48 Abs. 2 enthaltenen Bestimmung über die Ladung der Personen des Soldatenstandes in der Verbindung mit dem Bestehen des besonderen Gerichtsstandes in Strafsachen für alle dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörigen Militärpersonen. Das letztere Motiv macht sich namentlich wegen der nach oder neben den Geldstrafen angedrohten Haft geltend, insofern es nicht gerechtfertigt sein würde, bei dem vorliegenden Anlaß das in der bisherigen Militärgesetzgebung anerkannte Princip zu durchbrechen, daß Militärpersonen während ihres aktiven Dienstverhältnisses nur von den militärischen Instanzen mit Freiheitsstrafen belegt werden können." Ferner

Puchelt S. 124. 13:

„Das vorladende Gericht hat lediglich das Recht, dem betreffenden Militärgerichte das Ausbleiben des Zeugen anzuzeigen und diesem das Weitere hinsichtlich der Strafe zu überlassen. Die Verurtheilung in die Kosten des Ausbleibens ist vom bürgerlichen Gerichte auszusprechen, da sie nicht als Strafe erscheint, von welcher allein der Abs. 4 handelt.'

Hiermit übereinstimmend sagt

Voitus S. 117. 3:

„Dem Militärgericht wird nicht nur die Bestimmung der Strafe nach Art und Maß, sondern auch das Urtheil über die Vorfragen, ob das Ausbleiben für unentschuldigt zu erachten, und ferner, ob nachträglich genügende Entschuldigung erfolgt sei, anheimfallen. Es werden daher demselben entweder die Akten zu übersenden, oder die betreffenden Thatsachen speciell mitzutheilen sein.

Diese letztere Ansicht scheint die richtigere zu sein.

Zunächst steht derselben der Wortsinn des der Entscheidung der Streitfrage zum Grunde liegenden Abs. 4 des § 50 zur Seite. Die Worte „eine Strafe gegen Jemand festsetzen" sind nach dem gemeinen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit: „eine Strafe über ihn verhängen", „anordnen, daß und welche Strafe er erdulden soll." Es würde willkürlich sein, sie sprachlich nur auf die Art und Höhe der Strafe zu beziehen, und den Ausspruch eines anderen hierzu Berufenen zu verlangen, daß der von der „Festsetzung" der Strafe Betroffene überhaupt eine Strafe verwirkt habe.

Mit dem allgemeinen Sprachgebrauche stimmt bezüglich der Worte „eine Strafe festsetzen" die Terminologie des GerVG. und der StPO. vollkommen überein. Nach den §§ 179, 180, 183, 184 GerVG. und den §§ 447, 453, 459 StPO. werden Strafen vom Gericht, bzhw. von den Polizei- und Verwaltungsbehörden „festgesetzt", und es wird sich nicht behaupten lassen, daß das Gesetz hierunter nur die Bestimmung über die Art und das Maß der Strafe habe verstanden wissen, das Urtheil über die Vorfrage, ob sich der Betreffende überhaupt strafbar gemacht habe, aber dem Gericht und den erwähnten anderen Behörden habe entziehen wollen.

Gegenüber diesem Wortsinne bedurfte es zur Rechtfertigung der gegnerischen Meinung des Nachweises, daß das Gesetz den Worten gleichwohl eine andere, beschränktere Bedeutung beizulegen beabsichtigt habe. Einen solchen Nachweis hat nur Löwe durch die Hinweisung darauf zu führen gesucht, „daß der Abs. 4 nur von der Strafe, nicht auch von den Kosten spreche, die Verurtheilung des Zeugen in die Kosten aber durch das ordentliche Strafgericht erfolge." Allein diesem lediglich negativen Moment möchte ein erhebliches Gewicht nicht beizulegen sein. Es ist nirgend, weder in den Mot. noch in den Protok. der Justizkomm. davon die Rede, daß die Nichterwähnung der Kosten im Abs. 4 auf Absicht beruhe. Sollte dieselbe aber auch bezwecken, die Bestimmung über die Verpflichtung des Zeugen zur Tragung der Kosten — die ohnehin nur in dem Ausnahme-Falle, wenn durch das Ausbleiben des Zeugen eine Aussetzung der Hauptverhandlung nöthig wird, zu entstehen pflegen — dem Civilrichter zu überlassen, so würde es sich doch nicht rechtfertigen lassen, aus dem Schweigen des Gesetzes über den nebensächlichen Kostenpunkt den Schluß zu ziehen, daß die Worte „Festsetzung der Strafe" das Urtheil darüber, ob der Zeuge Strafe verwirkt habe, nicht in sich schließen sollen.

Daß der erste Absatz des § von „verurtheilen“, „erkennen“, der vierte dagegen von „festsetzen der Strafe“ spricht, ist — mit Recht — von den Gegnern der hier vertheidigten Ansicht nicht geltend gemacht worden. Sachlich besteht zwischen den Ausdrücken „zu Strafe verurtheilen“ und „Strafe festsetzen“ kein Unterschied. Beide umfassen den Ausspruch, sowohl daß, als welche Strafe die betreffende Person verwirkt habe. Nur insofern pflegt in der juristischen Geschäftssprache zwischen ihnen unterschieden zu werden, als das Wort „verurtheilen“ auf die in der Form von Erkenntnissen (Urtheilen) oder doch von Richtern ausgegangenen Straferlasse, der Ausdruck „festsetzen“, dagegen auf Strafentscheidungen anderer Behörden angewendet wird.

Das aus der Wortfassung des Abs. 4 hergenommene Argument findet aber auch eine wesentliche Unterstützung in der Geschichte der Entstehung des §. In dem Entwurfe lauteten die hier nur interessirenden Abs. 1 u. 4 dahin:

> Gegen einen Zeugen, welcher unentschuldigt ausbleibt, oder ohne Erlaubniß sich entfernt, wird eine Geldstrafe bis zu 300 Mark, und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, Haft bis zu 6 Wochen festgesetzt; auch werden ihm die durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten auferlegt. Außerdem kann seine Vorführung angeordnet werden.
>
> Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

Da hiernach dasselbe Wort „festsetzeu“ gleichmäßig im ersten Absatz in Bezug auf das Civilgericht, wie im vierten im Betreff des Militärgerichts gebraucht ist, liegt es auf der Hand, daß der Entwurf beiden Behörden gleiche Funktionen hinsichtlich der Bestrafung der Zeugen hat zuweisen, dem Militärgericht mithin auch das Urtheil hat überlassen wollen, ob sich der Zeuge überhaupt strafbar gemacht habe.

Die Mot. führen S. 47 zur Rechtfertigung der auf die Festsetzung und Vollstreckung von Strafen gegen Zeugen des Militärstandes bezüglichen Vorschriften aus: es komme neben dem allseitigen Interesse, eine Kollision zwischen den verschiedenen Verpflichtungen der als Zeugen geladenen Personen des Soldatenstandes zu vermeiden, der besondere Gerichtsstand der Militärpersonen in Betracht. Es habe namentlich

ungerechtfertigt erscheinen müssen, bei dem vorliegenden Anlaß das in der Militärgesetzgebung bisher anerkannte Princip zu durchbrechen, wonach Militärpersonen während ihres aktiven Dienstverhältnisses nur von den militärischen Instanzen mit Freiheitsstrafen belegt werden dürfen.

In der Justizkomm. ist der bezüglich der Abs. 1 und 4 oben mitgetheilte § 48 des Entw. ohne jede Beanstandung, selbst ohne Debatte in erster Lesung angenommen (Prot. S. 53) und es ist, dem entsprechend, der hier in Rede stehende Abs. 4 — abgesehen von der Einschaltung der Worte „oder der aktiven Marine" wörtlich in den § 50 StPO. übergegangen. Im Abs. 1 hat die Redaktions-Kommission (Beschlüsse der Red.-K. Nr. II) sich veranlaßt gesehen, die Worte: „Gegen einen Zeugen — wird festgesetzt", zu verwandeln in: „Ein Zeuge ist zu verurtheilen." Darauf heißt es in den Prot. über die zweite Lesung S. 804, wiederum ohne jede Besprechung des §: derselbe sei „in der Fassung" der ersten Lesung (d. h. wie er nach erfolgter erster Lesung von der Redaktions-Kommission gefaßt worden) genehmigt." Wodurch die Redakt.-Komm. veranlaßt worden, den — hier erst in zweiter Linie ins Auge zu fassenden — Abs. 1 in der angegebenen Weise zu ändern, erhellt nicht. Wahrscheinlich ist — wie auch Löwe Note 14 a. a. O. annimmt — der Ausdruck des Abs. 1 „verurtheilen" der Civ-PO. (§§ 345, 346) entlehnt worden. Keinenfalls darf angenommen werden, daß durch jene Substituirung des Wortes „verurtheilen" an Stelle von „festsetzen" der Sinn des § geändert worden sei. Denn theils hätte es der Redakt.-Komm. zu einer solchen materiellen Aenderung an jeder Befugniß gefehlt, theils konnte die Just.-Komm. um so weniger annehmen, daß ihre Redaktions-Kommission eine Aenderung des Sinnes der Vorschrift bezweckt habe, als der letzteren aus der gleichmäßigen Fassung der Abs. 1 u. 4 des Entw. in Verbindung mit den Aeußerungen der Mot. bekannt war, daß der Entw. das Civil- und das Militärgericht in Bezug auf den Umfang ihrer Befugnisse gegenüber dem Zeugen gleichstellen wollte, die Justizkomm. mithin zu erwarten hatte, daß, wenn die Redakt.-Komm. oder eins ihrer Mitglieder hierin eine Aenderung eintreten zu lassen wünschte, der hierzu allein zulässige Weg einer Antragstellung in der Kommission betreten worden sein würde.

Neben dem Inhalte des § 50 und der Geschichte seiner Entstehung

spricht aber auch für die hier vertheidigte Ansicht, daß die Durchführung der entgegengesetzten Meinung voraussichtlich mit stets wiederkehrenden Differenzen zwischen den Militär- und Civilbehörden verknüpft sein würde, zu deren Beseitigung es außer dem Wege nachträglicher Gesetzgebung an einem geeigneten Mittel fehlen dürfte. Denn nach § 50 ist die Strafbarkeit des Zeugen durch seine „ordnungsmäßig“ erfolgte Ladung bedingt. Diese Ladung geschieht nach § 47 „durch Ersuchen“ der Militärbehörde. Will man nun auch die Worte „durch Ersuchen“ dahin auffassen, daß darunter nur die Behändigung der von dem Civilgericht, bzhw. dem Richter (§ 50 Abs. 2) erlassenen Ladung, verbunden mit der s. g. Paritions-Ordre zu verstehen sei, so würde doch die Prüfung, ob die Militärbehörde korrekt verfahren sei, dem Civil-Gericht, bzhw. Richter anheimfallen, dem die militärischen Einrichtungen, durch deren Kenntniß eine solche Prüfung bedingt ist, mehr oder minder fremd sind. In noch höherem Maße würde sich dieser Uebelstand bei der Entscheidung darüber geltend machen, ob ein ordnungsmäßig vorgeladener Zeuge sein Ausbleiben in dem Termin „genügend entschuldigt habe“. Abs. 2. Auch hier hängt in Fällen, wo die Verpflichtung des Soldaten als vorgeladener Zeuge mit seiner dienstlichen Pflicht, einer an ihn speciell oder an die Abtheilung, der er angehört, allgemein ergangenen Ordre eines Vorgesetzten Folge zu leisten, kollidirt, das Urtheil darüber, ob er ungeachtet der letzteren den Termin hätte wahrnehmen müssen, und ferner, ob es ihm unter den vorwaltenden Umständen möglich gewesen wäre, behufs Erfüllung seiner Zeugenpflicht seine Entbindung von der Befolgung jener dienstlichen Ordre herbeizuführen, großentheils von militärischen Disciplinar-Verhältnissen ab, deren Einfluß auf die Entscheidung darüber, ob dem im Termine ausgebliebenen Zeugen eine Verschuldung beizumessen sei oder nicht, der Civilrichter sachgemäß zu prüfen vielfach außer Stande sein wird. Es ist deshalb auch unausbleiblich, daß die Ansicht des Militärgerichts von der des Civilrichters nicht selten in solchen Fällen abweichen wird; daß sich aber ersteres, wenn es das Ausbleiben des Zeugen im Termin für gerechtfertigt erachtet, durch die — nicht in Form eines Judikats ausgesprochene, selbst nicht nothwendig auf einen Kollegial-Beschluß beruhende — entgegengesetzte Ansicht des Civilrichters für gezwungen erachten sollte, die Art und Höhe einer über seinen Untergebenen zu verhängenden Strafe zu bestimmen, ist nicht wahrscheinlich. Es darf vielmehr angenommen

werden, daß dasselbe aus den Worten des Abs. 4 § 50: „Festsetzung der Strafe“ seine Zuständigkeit zur Prüfung der Straffälligkeit des Zeugen herleiten wird.

In gleicher Weise weichen die Ansichten im Betreff

II. des § 69 Abs. 5 StPO. insofern von einander ab, als es sich um die Strafe des Abs. 1 im Gegensatz zu den Zwangsmaßregeln des Abs. 2 handelt.

Der Unterschied zwischen beiden Vorschriften besteht nur darin, daß bei dieser letzteren das Urtheil über die Strafbarkeit des Zeugen ausschließlich davon abhängt, ob demselben nach den Bestimmungen der StPO. ein „gesetzlicher Grund“ zur Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung zur Seite steht oder nicht, die Entscheidung über dieselbe mithin lediglich auf dem Rechtsgebiete zu finden ist, während dieselbe hinsichtlich des § 50 Abs. 4 in der Mehrzahl der Fälle wesentlich von der Würdigung thatsächlicher Verhältnisse und Umstände abhängen wird.

Die Frage, ob es vielleicht de lege ferenda bedenklich erscheinen kann, jene Entscheidung dem mit der Untersuchung, in welcher die Vernehmung bzhw. Beeidigung des Zeugen für nothwendig erachtet ist, befaßten Gericht oder Richter zu entziehen, ist hier nicht zu erörtern. Um eine Unterscheidung zwischen dem Abs. 4 des § 50 und dem Abs. 5 des § 69 für unstatthaft zu erklären, genügt bei der wörtlich übereinstimmenden Fassung beider Vorschriften, daß die oben unter I aus dem Wortsinne des Ausdrucks „festsetzen“ und der Geschichte der Entstehung des § 50 hergenommenen Argumente völlig gleichmäßig auch bei dem § 69 zutreffen. Denn es nehmen nicht nur die Mot. bei der Besprechung des letzteren (Entw. § 61) auf das dort in Bezug auf den § 50 Gesagte Bezug (§ 58), sondern es ist auch in der Just.-Komm. der Abs. 5 des § 69 in gleicher Weise, wie der gleichmäßig redigirte Abs. 4 des § 50, unbeanstandet und ohne die Zuständigkeit des Militärgerichts zu bemängeln, angenommen worden. Prot. S. 828, 829.

Es läßt sich auch nicht einwenden, daß mit der Ueberweisung der Prüfung, ob die Weigerung des Zeugen eine ungerechtfertigte sei, an das Militärgericht unabwendbar eine Verzögerung der bei dem Gericht anhängenden Untersuchung verknüpft sei. Denn eine solche tritt auch ein, wenn nach Löwe — der die oben erwähnte in Bezug auf den

§ 50 geäußerte Ansicht auch hinsichtlich des § 69 wiederholt S. 349. 11 — das Civilgericht nur über die Vorfrage der Strafbarkeit entscheidet und demnächst die Bestimmung über die Art und Höhe der Strafe dem Militärgericht überläßt.

Hiernach muß die in Voitus' Kommentar S. 131 6 — reservirt und ohne ausreichende Motivirung — aufgestellte Ansicht, daß im Falle des § 69 jene Vorfrage vom Gericht bzhw. Richter zu entscheiden sei, als unhaltbar aufgegeben werden.

Bemerkt mag werden, daß auch die österreichische StPO. vom 23. Mai 1873 in den §§ 161 Abs. 3 und 248 in Fällen, „wo ein der Militärgerichtsbarkeit unterstehender Zeuge sich weigert, vor dem Untersuchungsrichter (bzhw. dem Gericht) zu erscheinen, oder die abgeforderte Aussage oder den Zeugeneid abzulegen" verordnet, daß „unmittelbar der Vorgesetzte des Zeugen anzugehen sei, welchem es obliege, demselben zur Befolgung des Gesetzes zu verhalten", wodurch dem Civilrichter mithin die Befugniß, selbständig gegen den Zeugen vorzugehen, abgesprochen ist. Auch hat Struckmann „die Civilproceßordnung" in den Noten 4 bzhw. 5 zu den §§ 345 und 355 der CivPO. — deren hier in Frage stehende Vorschriften, mit denen der §§ 50 und 69 der StPO. wörtlich übereinstimmen — den Ausdruck „festsetzen" in dem vorstehend befürworteten Sinne aufgefaßt. S. 280, 290.

Endlich werden die Bedenken gegen die gegnerische Ansicht hinsichtlich beider §§ nicht unerheblich dadurch verstärkt, daß die Ueberweisung der beiden Fragen: erstens ob Jemand sich strafbar gemacht habe, und zweitens, welche Strafe seiner Verschuldung entspreche, an zwei besondere, und überdies völlig verschieden organisirte Behörden, eine so singuläre Einrichtung sein würde, daß sich Analogien für dieselbe kaum finden dürften.

Trifft die Strafe des § 50 Abs. 1 StPO. auch einen Zeugen, welcher sich ohne Erlaubniß von der Gerichtsstelle entfernt hat?

Eine andere aus dem § 50 StPO. hervorgegangene Kontroverse betrifft die Frage, ob die im Abs. 1 gegen einen ausgebliebenen Zeugen angedrohte Strafe auch über einen solchen zu verhängen sei, welcher zwar rechtzeitig erschienen ist, sich aber — vor oder nach seiner Vernehmung — ohne Erlaubniß des Gerichts-Vorsitzenden, des Untersuchungsrichters u. s. w. (Abs. 3) von der Gerichtsstelle entfernt hat. Die Frage wird bejaht von

Löwe:

„Die Pflicht zum Erscheinen — sagt er S. 307 5 — schließt die weitere Pflicht in sich, von dem in der Ladung bestimmten Zeitpunkt ab am Orte der Vernehmung so lange zu verbleiben, bis der Richter ausdrücklich oder stillschweigend die Entlassung des Zeugen ausgesprochen hat; dies gilt auch von den schon vernommenen Zeugen, da deren nochmalige Befragung oder eine Gegenüberstellung mit anderen Zeugen nothwendig werden kann; vergl. § 247." — „Aus der gedachten Pflicht wird ferner zu folgern sein, daß gegen einen Zeugen, der sich ohne Erlaubniß entfernt, die Bestimmung des § 50 wie gegen einen nicht erschienenen Zeugen Anwendung finden. Der Entwurf sprach dies auch ausdrücklich aus; die bezüglichen Worte wurden jedoch von der R. J. K. gestrichen, um die StPO. mit der CivPO. in Uebereinstimmung zu bringen. Eine sachliche Bedeutung wird dieser Streichung nicht beizumessen sein." Desgleichen

Thilo S. 151 2.:

„Der Entwurf hatte dem Nichterscheinen des Zeugen gleichgestellt, „wenn der Zeuge sich ohne Erlaubniß entfernt.“ Letztere Worte sind ebenfalls der gesuchten Uebereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung, welche sie nicht enthält, zum Opfer gefallen. Allein in der Strafprozeßordnung hatten sie ihre bestimmte Berechtigung mit Rücksicht auf § 247, wo dem Zeugen verboten wird, sich ohne Erlaubniß des Vorsitzenden zu entfernen, während für eine gleiche Bestimmung ein Bedürfniß im Civilprozeß nicht vorliegt. Trotz der Streichung wird aber auch angenommen werden müssen, daß ein Zeuge, welcher sich entfernt, bevor seine Vernehmung mit Zustimmung des Staatsanwalts und Vertheidigers durch den Vorsitzenden für abgeschlossen erklärt worden, welcher besonders bei nochmaligem Aufruf behufs einer weiteren Vernehmung oder Gegenüberstellung an der Gerichtsstelle sich nicht mehr befindet, demjenigen gleichzustellen sei, welcher der Ladung überhaupt keine Folge gegeben hat.“ Ferner

Puchelt S. 121. 6:

„Eigenmächtiges Weggehen des Zeugen von der Gerichtsstelle ist weder hier noch im § 247 mit Strafe bedroht, und ob der § 50 darauf anwendbar ist, erscheint als zweifelhaft, weil die im Entwurf III befindlichen Worte „oder ohne Erlaubniß sich entfernt“, im § 50 fehlen. Hat sich der Zeuge vor seiner Einvernehmung entfernt, so ist nicht zweifelhaft, daß dies dem Nichterscheinen gleichsteht; aber auch seine Nichtanwesenheit, wenn sich nach der ersten Einvernehmung dessen wiederholte Befragung nothwendig zeigt (worauf gerade der § 247 beruht) ist als Ungehorsam im Sinne des § 50 zu erachten.

Entgegengesetzter Ansicht ist

von Schwarze S. 173. 8. Zur Begründung derselben führt er aus:

„In dem Entwurf standen noch die Worte: „oder wenn sich der Zeuge ohne Erlaubniß entfernt.“ Diese Worte sind, da sie auch in § 345 der CivPO. nicht enthalten sind, gestrichen worden. Es kann daher die Strafbestimmung auf diesen Fall, trotz des Verbots in § 247 der StrPO. nicht angewendet werden.

Daß ein Zeuge, welcher sich noch vor seiner Vernehmung von der Gerichtsstelle entfernt, der Strafe des § 50 verfällt, bezeichnet Puchelt mit Recht als zweifellos. Ein solcher Zeuge kann als zum Zwecke seiner Vernehmung vor dem Gerichtshofe, bzhw. dem Richter erschienen im Sinne des Abs. 1 § 50 nicht gelten.

Dagegen scheint im Betreff solcher Zeugen, welche sich erst nach ihrer stattgehabten Vernehmung entfernen, der Ansicht von Schwarze's der Vorzug zu gebühren.

Daß die StPO. einen solchen Zeugen nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht, erkennen Löwe, Thilo und Puchelt an; sie meinen aber, derselbe sei hinsichtlich seiner Strafbarkeit einem ausgebliebenen Zeugen gleichzustellen.

Diese Ansicht ist jedoch zunächst mit der — auf die Rüge von Verstößen gegen prozessualische Vorschriften in gleichem Maße wie auf kriminalrechtlich verfolgbare Strafthaten andwenbaren — Regel: nulla poena sine lege nicht vereinbar, und für eine Abweichung von derselben ist in den für jene Ansicht angeführten Gründen eine genügende Rechtfertigung nicht zu finden.

Wie erwähnt enthielt der § 48 des Entwurfs (§ 50 StPO.) im Abs. 1 hinter: „Gegen einen Zeugen, welcher unentschuldigt ausbleibt" die Worte: „oder ohne Erlaubniß sich entfernt." Die Mot. (S. 47) erwähnen dieser letzteren Bestimmung überhaupt nicht; auch im Marginale ist nur von der Bestrafung ungehorsamen Ausbleibens die Rede. In der Justizkomm. wurde bei erster Lesung der § unverändert angenommen. Prot. S. 53. Die Redaktionskomm. (Beschlüsse der Redaktionskomm. zu dem Entw. der StPO. II S. 5) ließ die Worte: „oder ohne Erlaubniß sich entfernt" ausscheiden, und „in dieser Fassung" wurde der § von der Justizkomm., ohne daß dieser bedenklichen Aenderung bei der Berathung Erwähnung geschah, bei zweiter Lesung angenommen. Prot. S. 804.

Wenn Löwe sagt: „Eine sachliche Bedeutung wird dieser Streichung nicht beizumessen sein", so hat er damit wohl nicht die Meinung äußern wollen, daß ungeachtet der Beseitigung der auf das unerlaubte Entfernen des Zeugen bezüglichen Worte aus dem §, die Sache so angesehen werden müsse, als seien dieselben noch darin enthalten; vielmehr ist jener Bemerkung der Sinn beizulegen, daß es, um auf einen sich ohne Erlaubniß entfernenden Zeugen die in dem § für das Aus-

bleiben angedrohte Strafe zur Anwendung zu bringen, eines ausdrücklichen Ausspruchs in dem §, wie ihn der Entwurf enthalten habe, nicht bedürfe. Hierfür sprechen die Eingangsworte seiner oben mitgetheilten Note 5: „Die Pflicht zum Erscheinen schließt die weitere Pflicht in sich" u. s. w. und die damit in Verbindung gebrachte Bemerkung: „Aus der gedachten Pflicht wird ferner zu folgern sein, daß gegen einen Zeugen, der sich ohne Erlaubniß entfernt, die Bestimmungen des § 50, wie gegen einen nicht erschienenen Zeugen, Anwendung finden."

Allein diese Folgerung aus der — unbestreitbaren — Verpflichtung des Zeugen zum Ausharren bis zu seiner erfolgten Entlassung, auf die Zulässigkeit der Ahndung eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung durch die nur für das gänzliche Ausbleiben des Zeugen im Gesetz angedrohten Strafe erscheint unstatthaft — selbst wenn kein Gewicht darauf gelegt wird, daß der Entwurf durch die ausdrückliche Ausdehnung jener Strafvorschrift auf ein unerlaubtes Entfernen des Zeugen seinerseits zu erkennen gegeben hat, daß der Zeuge ohne eine solche besondere Vorschrift der Strafe des Abs. 1 des § 50 nicht verfalle.

Denn, wenn man auch — der oben angeführten Rechtsregel entgegen — eine analoge Anwendbarkeit von Strafgesetzen als zulässig unterstellt, so wird dieselbe doch dadurch bedingt sein, daß die im Gesetz nicht erwähnte Verpflichtung mit derjenigen, deren Verabsäumung das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt, von gleicher Wichtigkeit, ein Zuwiderhandeln gegen jene mithin, von dem bei der Strafvorschrift leitend gewesenen Gesichtspunkte aus, von gleicher Schwere und Strafwürdigkeit sei. Nun wird aber doch nicht verkannt werden können, daß ein Zeuge, welcher eine schriftlich an ihn ergangene Anweisung des Gerichts oder Richters, zu einer bestimmten Stunde behufs seiner Vernehmung an einem ihm bezeichneten Orte zu erscheinen, gänzlich unbeachtet läßt, in höherem Grade strafbar erscheint, als ein solcher, welcher jener Anweisung rechtzeitig Folge leistet, sich beim Aufrufe meldet, auch abgehört wird, sich aber nach seiner Vernehmung in der Voraussetzung seiner Entbehrlichkeit entfernt, ja selbst als derjenige, welcher vor seiner Vernehmung die Gerichtsstelle einstweilen verläßt, weil er mit Rücksicht auf die durch den Aushang veröffentlichte Reihenfolge der an demselben Tage zur Verhandlung kom-

menden Untersuchungen der Meinung ist, daß bis zu seiner Vernehmung noch längere Zeit vergehen werde.

Hierzu kommt, daß nach der gegnerischen Ansicht die Bestrafung des Zeugen auch auf Verhandlungen vor dem Untersuchungsrichter, dem Amtsrichter, dem beauftragten und ersuchten Richter (Abs. 3) und überdies gleichviel, ob der Zeuge sich vor oder nach seiner Vernehmung entfernt hat, und ferner, ob der Termin an Gerichtsstelle oder außerhalb derselben abgehalten wird, Anwendung finden würde, während doch das Gesetz ein Verbot unerlaubten Entfernens im § 247 StPO. ausschließlich für den Fall bereits stattgehabter Vernehmung des Zeugen und überdies nur in Bezug auf die an der Gerichtsstelle (vergl. § 223 Abs. 2) abzuhaltende Hauptverhandlung erlassen hat, für alle übrigen vorerwähnten Fälle es mithin nicht bloß an einer Strafbestimmung, sondern selbst an einem ausdrücklichen Verbot fehlt.

Endlich ist zur Unterstützung der Ansicht v. Schwarze's darauf hinzuweisen, daß nach der Anordnung des § 48 StPO. dem Zeugen in der Ladung nur die im § 50 bezeichneten gesetzlichen Folgen seines Ausbleibens bekannt gemacht werden, hiermit aber die Verhängung der Strafe dieses § wegen einer anderen, dort nicht erwähnten Verschuldung nicht zu vereinbaren sein dürfte.

Daß in Folge des Ausscheidens der auf das unzulässige Entfernen des Zeugen bezüglichen Vorschrift des Entwurfs aus der StPO. eine Lücke in letzterer entstanden ist, muß anerkannt werden. Theils aber kann dieselbe nur im Wege einer Novelle behoben werden, theils ist ein wesentlicher Nachtheil aus derselben für die Strafrechtspflege mindestens dann nicht zu erwarten, wenn der Vorsitzende, bzhw. der Richter, die Zeugen sowohl auf ihre allgemeine, als insbesondere auf die im § 247 StPO. hervorgehobenen Verpflichtungen aufmerksam gemacht, da erfahrungsmäßig Fälle, wo ein unzeitiges Entfernen eines Zeugen den Fortgang der Verhandlung hemmt, zu den Seltenheiten gehören.

Sind in der Hauptverhandlung die beisitzenden Richter, der Staatsanwalt, der Vertheidiger, die Geschworenen und die Schöffen berechtigt, zu verlangen, daß der Vorsitzende dem Angeklagten speciell bezeichnete Fragen vorlege? § 239 StPO.

Einverständniß herrscht — wenn von der demnächst zu erwähnenden Bemerkung von Fuchs abgesehen wird — unter den Kommentatoren darüber, daß das im § 239 StPO. den Richtern u. s. w. eingeräumte Recht direkter Fragestellung nur den Zeugen und Sachverständigen, nicht auch dem Angekl. gegegenüber geltend zu machen ist. Kontrovers ist dagegen die weitere Frage, ob die Richter, der Staatsanwalt, der Vertheidiger, die Geschworenen und die Schöffen einen Anspruch darauf haben, daß der Vorsitzende dem Angekl. speciell von ihnen bezeichnete Fragen vorlege, und ob im Weigerungsfalle das Gericht darüber zu entscheiden habe, ob die Vorlegung der Fragen stattzufinden habe oder nicht.

Diese Frage wird verneint von

Keller, welcher S. 244. 1 ausführt:

„Den Angekl. hat Niemand als der Vorsitzende zu befragen (Justizkomm. Prot. S. 361). Wer daher den Angekl. befragt haben will, muß sich an den Vorsitzenden wenden, von dessen Ermessen es abhängt, ob er die Frage stellen will oder nicht."

Thilo sagt hiermit übereinstimmend S. 274. 2:

„Der Angekl. wird nur vom Vorsitzenden verhört; ein Recht zur Fragestellung an diesen ist außer dem Vorsitzenden Niemandem gegeben, und ein hierauf bezüglicher Antrag, auch den hier bezeichneten anderen Personen diese Befugniß einzuräumen, ist von der Justizkommission ausdrücklich abgelehnt:

dagegen ist es dem Vorsitzenden nicht verwehrt, wenn er es für angemessen hält, einzelne bestimmte Fragen auf Antrag eines der hier Genannten an den Angekl. zu richten. Die Ablehnung eines solchen Antrages unterliegt lediglich dem Ermessen des Vorsitzenden und kann nicht als gesetzlich unzulässig durch einen Gerichtsbeschluß eine Aenderung erfahren (§ 237 Abs. 2)."

Welcher Ansicht von Schwarze in dieser letzteren Beziehung ist, lassen seine darauf bezüglichen Aeußerungen nicht mit Bestimmtheit erkennen. Er sagt S. 379 nach Voranschickung, daß ein in der Justizkomm. gestellter Antrag, die auf Zeugen und Sachverständige bezügliche Vorschrift des § 239 auch auf den Angekl. auszudehnen, mit der Erklärung: daß den Angekl. nur der Vorsitzende befragen solle, abgelehnt worden sei:

> „Will der Staatsanwalt oder der Vertheidiger oder einer der beisitzenden Richter eine Frage an den Angekl. zur Ergänzung des von dem Präsidenten angestellten Verhörs richten, so muß er sich deshalb an den Letzteren wenden, welcher die Frage an den Angekl. stellen wird."

Allein zunächst ist die Voraussetzung, daß der Vorsitzende „die Frage an den Angekl. stellen werde", in dieser Allgemeinheit bedenklich. Denn dieselben Gründe, welche den Vorsitzenden bestimmen können, auf Grund des ihm im § 240 Abs. 2 eingeräumten Rechts, eine von dem Staatsanwalt u. s. w. an einen Zeugen oder Sachverständigen gerichtete Frage (§ 239 Abs. 2) als „ungeeignet, oder nicht zur Sache gehörig" zurückzuweisen, können ihn mit Recht veranlassen, den Antrag, seinerseits dem Angekl. eine ihm bezeichnete bestimmte Frage vorzulegen, abzulehnen. von Schwarze spricht sich aber auch nicht darüber aus, was im Falle einer solchen Ablehnung zu geschehen habe; ob — wie Keller und Thilo meinen — eine Remedur dagegen ausgeschlossen, oder ob eine solche durch Gerichtsbeschluß zu ermöglichen sei.

Dagegen erklären sich in bestimmter Weise für die Bejahung der oben formulirten Frage

Löwe S. 606:

> „Verlangt eine der im § 239 gedachten Personen die Vorlegung einer Frage an den Angekl., so muß der Vorsitzende sie stellen, sofern sie nicht nach § 240 Abs. 2 unzulässig ist.

Ein Grund, weshalb die Befragung hier lediglich dem Belieben des Vorsitzenden überlassen sein sollte, ist nicht ersichtlich; überdies ist die Vorschrift des § 241, nach welcher über die Zulässigkeit einer Frage das Gericht zu entscheiden hat, auch auf die Befragung des Angekl. zu beziehen, da diese schon im § 237 Abs. 1 erwähnt ist." Ferner

Voitus S. 271. 1. Nach Erwähnung, daß die Justizkomm. durch das Ausscheiden der Worte: „an den Angekl." aus dem dem ersten Satze des § zum Grunde liegenden Antrage, die Absicht an den Tag gelegt habe, Fragen der Richter an den Angekl. für unstatthaft zu erklären, fährt er fort:

„Daß dadurch jedoch das Verlangen derselben, daß speciell von ihnen bezeichnete Fragen dem Angekl. durch den Vorsitzenden gestellt werden, nicht ausgeschlossen ist und im Weigerungsfalle ein Gerichtsbeschluß entscheidet, wird aus dem § 237 Abs. 2 und dem § 241 herzuleiten sein. Von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, würde der wesentliche Uebelstand eintreten, daß die beisitzenden Richter, die Schöffen und Geschworenen außer Stande wären, einer durch Uebersehen des Vorsitzenden herbeigeführten Unvollständigkeit der Vernehmung abzuhelfen."

Die hier vorliegende Frage ist so wenig in den Mot. zum Entwurf der StPO., als bei den Berathungen in der Justizkomm. speciell ins Auge gefaßt worden. Der § 203 des Entwurfs enthielt die dem § 239 StPO. im Wesentlichen entsprechende Bestimmung:

Die unmittelbare Vorlegung einzelner Fragen ist der Staatsanwaltschaft, dem Angekl. und dem Vertheidiger, so wie den beisitzenden Richtern, den Geschworenen und den Schöffen zu gestatten.

Daß diese Vorschrift sich nicht auch auf Fragen an den Angekl. beziehen sollte, folgt neben ihrem — auch von dem Kommissarius der Regierungen bei den Berathungen der Justizkomm. hervorgehobenen (Prot. S. 361) — unmittelbaren Anschluß an den nur von Zeugen und Sachverständigen handelnden § 202 des Entw., (§ 238 StPO.) daraus, daß darin auch des Angekl. als zur Stellung von Fragen berechtigt Erwähnung geschieht. In den Mot. findet sich bei dem — wörtlich mit dem Abs. 1 des § 237 StPO. übereinstimmenden —

§ 201 nur unter dem Marginale „Vernehmung des Angekl.“ S. 134 die Bemerkung: „Dieselbe gebühre dem Vorsitzenden; eine Uebertragung derselben an den Staatsanwalt würde mit der Stellung, welche dieser in der Hauptverhandlung dem Angekl. gegenüber einnehme, nicht wohl zu vereinigen sein. Auch die Aufnahme des Beweises habe dem Vorsitzenden übertragen werden müssen.“ Hierdurch hat jedoch nur gesagt werden sollen, daß der Vorsitzende nicht die ganze Vernehmung (das Verhör) des Angekl. auf den Staatsanwalt übertragen dürfe. Daß jene Bemerkung auf die hier zu beurtheilende Frage keinen Bezug hat, ergiebt sich daraus, daß in derselben nur von der Staatsanwaltschaft, nicht auch, worauf es hier in erster Linie ankommt, von den beisitzenden Richtern, den Schöffen u. s. w. die Rede ist.

Daß die Justizkomm. dem Stellen direkter Fragen seitens der Richter, des Staatsanwalts u. s. w. vorzubeugen beabsichtigt hat, läßt sich nach den bei der Berathung der §§ 237. 239 in der Sitzung vom 9. Juli 1875 abgegebenen Erklärungen nicht bezweifeln. Denn, nachdem ein Antrag, in dem § 201 des Entw. (237) den beisitzenden Richtern das Recht, Fragen an den Angekl. zu stellen, abgelehnt worden war (S. 347. 351), wurde der von zwei Abgeordneten gemachten Bemerkung: „den Angekl. solle Niemand befragen, als der Vorsitzende,“ von keiner Seite widersprochen. Welcher Werth aber auch jenem Beschlusse und dieser Erklärung beigelegt werden möge, so berechtigen dieselben doch in keiner Weise zu dem Schlusse, daß auch beabsichtigt worden sei, den im § 239 erwähnten Personen — worauf allein es hier ankommt — das Recht zu entziehen, dem Angekl. Fragen über solche Umstände, welche nach ihrer Meinung auf die Entscheidung von Einfluß sind, durch den Vorsitzenden vorlegen zu lassen. Diese von der ersterwähnten völlig verschiedene Befugniß ist, wie in den Mot., so auch in der Justizkomm., gänzlich außer Betracht geblieben. Dieselbe wird aber gegen die Ansicht von Keller und Thilo anzuerkennen sein.

Daß die Vorschriften der StPO. einen bestimmten Anhalt zur Entscheidung der Streitfrage nicht darbieten, geht schon aus den oben mitgetheilten Ausführungen der Kommentare hervor. Gleichwohl berechtigen die bezüglichen Bestimmungen derselben, so wie die des GVG. zu der Annahme, daß dem Vorsitzenden ein derartiger Einfluß auf das Endurtheil, wie ihn der § 239 nach der gegnerischen Meinung mittelbar zur Folge haben würde, nicht hat eingeräumt werden sollen.

Zunächst lassen die §§ 227 Abs. 1, 230 Abs. 1, 271 Abs. 1, 273 Abs. 3 der StPO. und die §§ 177, 181, 196 Abs. 1 GVG. im Gegensatz zu den §§ 235, 236, 243 Abs. 2 u. 3, 246, 250 Abs. 3, 255 Abs. 2, 264 Abs. 4 StPO. und den §§ 178—180, 196 Abs. 2 GVG. nicht verkennen, daß die Befugnisse des Vorsitzenden auf die Leitung des Geschäftlichen haben beschränkt werden sollen, und daß das Gericht überall da, wo es sich um das sachliche Interesse der Anklage oder der Vertheidigung, sowie der sonst bei der Verhandlung betheiligten Personen handelt, an die Stelle des Vorsitzenden hat treten, sowie auch berufen sein sollen, dessen Maßnahmen hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und Angemessenheit einer Beurtheilung zu unterwerfen, event. Remedur eintreten zu lassen.

Specieller berührt die hier vorliegende Frage der Abs. 2 des § 237, welcher in Fällen der Anfechtung einer Anordnung des Vorsitzenden „bei der Leitung der Verhandlung", „bei der Sachleitung" die Entscheidung des Gerichts eintreten läßt. Dieser zweite Satz ist erst in der Justizkomm. (Prot. S. 347, 351) ohne Widerspruch zu finden, dem § 201 des Entw., welcher nur die Vorschrift des Abs. 1 enthielt, hinzugefügt worden. Nun ist zwar der Ausdruck „Anordnung" insofern nicht günstig gewählt, als er sprachlich auf eine solche Willensäußerung des Vorsitzenden hindeutet, nach welcher Seitens eines Anderen etwas geschehen solle. Allein die Verbindung, in welcher der zweite Abs. mit dem ersten steht, und die Wahl des allgemeineren Ausdrucks „Sachleitung" giebt zu erkennen, daß alle solche Schritte des Vorsitzenden gemeint sind, welche auf die Herbeiführung der Urtheilsfällung, als Schluß der Hauptverhandlung, abzielen, sobald sie, — gleichviel ob von einem in derselben fungirenden Beamten oder einem sonst bei der Anordnung betheiligten — angefochten werden. Die Entscheidung des Gerichts wird daher, Widerspruch vorausgesetzt, auch eintreten, wenn sich der Vorgesetzte anschickt, eine Urkunde zu verlesen, einen Zeugen zu vereiden und dergl., obwohl der Ausdruck „Anordnung" hierauf nicht völlig anpassend ist. Hiervon ausgegangen, würde es aber mit dem Prinzip der StPO. in Widerspruch stehen, wenn der Vorsitzende befugt sein sollte, sich in einem Falle, wo von einem der beisitzenden Richter unter Zustimmung der Majorität eine Unvollständigkeit der stattgehabten „Vernehmung des Angekl." (§ 237 Abs. 2) gerügt wird, der Behebung dieses Mangels dadurch zu widersetzen,

daß er die von dem Gericht zu diesem Zweck für erforderlich erachtete Frage an den Angekl. zu stellen, sich weigert.

Auch aus dem § 241 StPO. wird eine Unterstützung für die hier vertheidigte Ansicht herzunehmen sein. Derselbe war im Entwurf dem § 204 (StPO. § 240) als letzter Absatz angereiht, und lautete dort: „Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht." Die jetzige Stellung dieser Bestimmung als ein besonderer, sich an die vorhergehenden Vorschriften anschließender §, in Verbindung mit der erfolgten Einschaltung der Worte: „in allen Fällen" läßt die Auffassung zu, daß über die Zulässigkeit bzhw. Nothwendigkeit von Fragen allgemein — gleichviel, ob sie an Zeugen, an Sachverständige oder an den Angekl. zu stellen seien — das Gericht zu entscheiden habe.

Böten aber auch die Bestimmungen der StPO. einen Anhalt zur Beurtheilung der vorliegenden Streitfrage nicht dar, so würde dieselbe doch auf Grund der allgemeinen Rechtstheorie gegen Keller und Thilo zu entscheiden sein.

Soll ein Mitglied eines Strafgerichts seine Stimme für die Schuld oder Unschuld des Angekl. an der ihm zur Last gelegten Strafthat abgeben, soll es bei Bestimmung des Strafmaßes die vorwaltenden thatsächlichen Umstände in Erwägung ziehen, so hat es einen Anspruch darauf, daß das zur Klarlegung des Sachverhältnisses nach beiden Richtungen hin sich darbietende Material, soweit es dies zur Abgabe seines Votums für erforderlich erachtet, erschöpft werde. Dies Verlangen findet — Mangels entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften — seine Begrenzung allein darin, daß das Kollegium, dessen Majoritäts-Beschluß sich jenes Mitglied unterordnen muß, dasjenige, was dasselbe ermittelt wissen will, für unerheblich erklärt. Tritt aber die Majorität seiner Ansicht über die Nothwendigkeit der von ihm begehrten Aufklärung bei, so muß es gleichgiltig erscheinen, ob das sich dazu darbietende Mittel in einer an den Angekl. zu stellenden Frage, oder worin sonst besteht.

An die entgegengesetzte Meinung würden sich auch in der Praxis wesentliche, den Angekl. in gleichem Maße, wie die Anklage treffende Nachtheile knüpfen. Glaubt beispielsweise ein Gerichtsmitglied aus den Auslassungen des Angekl. bei seiner Vernehmung schließen zu dürfen, daß demselben — ihm unbewußt — ein vom Gesetz als solcher anerkannter Milderungsgrund zur Seite stehe, und hält dasselbe, um sich

dessen zu vergewissern, eine nähere Befragung des Angekl. darüber für erforderlich, so würde die Ablehnung seines hierauf gerichteten Antrages Seitens des Vorsitzenden, zum Nachtheile des Angekl. zur Folge haben, daß die Feststellung der den Milderungsgrund bedingenden Thatsachen unterbliebe.

Das vorstehend — als auf die beisitzenden Richter, die Schöffen und Geschworenen anwendbar — Gesagte, gilt auch in Bezug auf den Staatsanwalt, da es auch dessen Aufgabe ist, nach beiden Seiten hin auf objektive Entscheidung des Straffalls hinzuwirken.

Diese Erwägungen dürften darauf hinführen, daß es, um den im Abs. 2 des § 239 benannten Personen das Recht, von dem Vorsitzenden die Stellung von Fragen an den Angekl. zu verlangen, unbedingt zu entziehen, und die Willfahrung eines solchen Verlangens lediglich von dem Ermessen des Vorsitzenden abhängig zu machen, einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift bedurft hätte.

Eine Unterstützung für die vorstehend vertheidigte Ansicht wird auch aus der bereits Eingangs erwähnten Bemerkung von Fuchs herzunehmen sein. Denn, wenn derselbe (von Holtzendorff, Handb. des deutsch. StPRechts B. II S. 71 § 19) sagt: „Zwar ist den Gerichtsmitgliedern, dem Staatsanwalt und dem Vertheidiger gestattet, Fragen an den Angekl. zu richten, aber der Vorsitzende kann in jedem Augenblicke das Verhör wieder selbst übernehmen", so darf hieraus gefolgert werden, daß er den Gerichtsmitgliedern ꝛc. weitere als die vorstehend für sie in Anspruch genommenen Rechte zubilligt, mindestens ihnen also diese einräumt. Hierfür spricht auch seine Aeußerung S. 70 Note 1 a. a. O.: „Im Allgemeinen kann als Grundsatz festgehalten werden, daß der Vorsitzende nur den äußeren Geschäftsgang allein handhabe und die Vernehmungen bewirke, daß aber, sobald materielle Interessen der Anklage oder Vertheidigung in Frage kommen, die Entscheidung nur von dem ganzen Gerichtshofe ausgehen kann."

Hinsichtlich des Vertheidigers wird die hier erörterte Frage von geringer praktischer Bedeutung sein, da diesem nicht verwehrt werden kann, in der Hauptverhandlung bei gegebener Veranlassung unmittelbar mit dem Angekl. Rücksprache zu nehmen, und ihn geeigneten Falls aufzufordern, die in seinem Interesse liegenden Erklärungen ohne spezielle Befragung Seitens des Vorsitzenden abzugeben.

Auslegung der Worte des § 252 StPO. „Protokolle über seine frühere Vernehmung."

Die Frage, ob die im § 252 StPO. gebrauchten Worte: „Protokolle über seine frühere Vernehmung", „frühere Aussage" auf richterliche Vernehmungen zu beschränken seien, wird von

Keller S. 263 Note 2 bejaht. „Unter der früheren Vernehmung" — sagt er — „ist nur eine richterliche aus der Voruntersuchung oder dem vorbereitenden Verfahren der öffentlichen Klage zu verstehen, wie sich aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden §§ ergiebt." — Gleicher Meinung ist

Dochow S. 192: „Zur Unterstützung des Gedächtnisses eines Zeugen oder Sachverständigen kann, wenn derselbe erklärt, sich einer Thatsache nicht mehr zu erinnern, ein Theil des Prot. über seine frühere (richterliche) Vernehmung verlesen werden. In derselben Weise können Widersprüche — festgestellt oder behoben werden." — Anderer Ansicht scheint

Dalcke zu sein, da er in dem Satze S. 157 Note 1:

> „Der § 252 soll einen Schutz gegen den Verlust des Beweismittels gewähren, der nothwendig eintreten müßte, wenn man einen gedächtnißschwachen Zeugen durch die Verlesung seiner früheren Aussage nicht zu Hülfe kommt, oder einen Zeugen, der in der Hauptverhandlung ganz andere Angaben macht, als im Vorverfahren, durch jene Verlesung nicht auf seine Widersprüche hinweisen könnte."

allgemein vom „Vorverfahren" spricht, worunter (vergl. Keller S. 155, Löwe S. 490, von Schwarze S. 298, Thilo S. 69, Voitus S. 126. 127) auch das vor dem Staatsanwalt und Beamten der ge-

richtlichen Polizei stattfindende Vorermittelungsverfahren zu verstehen ist. — Bestimmter sprechen sich aus:

Löwe S. 625. 2: „Der § setzt — im Gegensatz zu § 250 und § 253 — nicht ausschließlich Protokolle über richterliche Vernehmungen voraus."

Thilo S. 290. 2. „Unter dem Protokolle im § 252 sind nicht blos richterliche, sondern auch im Verfahren auf Vorbereitung der öffentlichen Klage aufgenommene polizeiliche Verhandlungen zu verstehen, wie dies aus dem Gegensatze zum § 253 hervorgeht, welcher von richterlichen Protokollen spricht."

Voitus S. 281: „Das in den §§ 250, 253 vor „Vernehmung" bzhw. „Protokoll" stehende Wort „richterliche" fehlt hier. Die Protokolle der Justizkomm. S. 959 und die Mot. S. 141 bieten zwar keinen Anhalt zu der Annahme dar, daß dies auf Absichtlichkeit beruhe; gleichwohl wird es sich mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift rechtfertigen, dieselbe — mindestens in Fällen des Abs. 1 — auch auf Vernehmungen vor der Staatsanwaltschaft und der Polizeibehörde anzuwenden."

Geyer (Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts von v. Holtzendorff) hat in dem Abschnitt „Vernehmung der Zeugen" Bd. 1 S. 292 die vorliegende Frage unberührt gelassen. In dem Abschn. „Beweiskraft des Zeugnisses" S. 298 sagt er bei Besprechung des Werthes der Unmittelbarkeit der Aussage eines Zeugen: „Der etwaige schriftliche Bericht (und sei er selbst ein amtlicher) über eine Aussage bietet jedenfalls keinen genügenden Ersatz für die Anhaltspunkte, welche die eigene Wahrnehmung des Richters zur Beurtheilung der Persönlichkeit und ihrer Aussage gewährt. (Vergl. die §§ 249, 250, aber auch die §§ 252, 255 StPO.)" Aus der bloßen Hinweisung auf den § 252 an dieser Stelle läßt sich daher ein bestimmter Schluß auf Geyer's Ansicht über die vorliegende Streitfrage nicht ziehen.

Es wird indeß die Meinung, nach welcher sich dieser § auch auf Protokolle über außergerichtliche Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen bezieht, für die richtige zu erachten sein.

Zunächst führen die ganz allgemein gehaltenen, auf eine Unterscheidung zwischen den Behörden, vor welchen die Vernehmung stattgefunden hat, in keiner Weise hindeutenden Worte „seine frühere Vernehmung", „frühere Aussage", zu der Annahme, daß ein solcher Un-

terschied zwischen richterlichen und nicht richterlichen Vernehmungen nicht vom Gesetz beabsichtigt worden sei. Aus der Fassung des § selbst läßt sich daher zur Unterstützung der gegnerischen Ansicht nichts hernehmen.

Es kann aber auch der Behauptung Keller's, daß sich die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht „aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Paragraphen ergebe", nicht beigetreten werden; vielmehr läßt ein Hinblick auf die den § 252 vorangehenden und ihm nachfolgenden §§ die hier vertheidigte Meinung als die der Absicht des Gesetzes entsprechende erscheinen.

Die StPO. behandelt vorangehend den Fall, wo in der Hauptverhandlung die Vernehmung einer Person vor den Richtern durch Verlesung früherer Aussagen derselben ersetzt werden soll, und bestimmt im § 249 als Regel, daß die Vernehmung nicht durch Verlesung des „über die frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls" ersetzt werden dürfe. Daß hier unter „frühere Vernehmung" nicht ausschließlich eine richterliche gemeint ist, ist zweifellos, da es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen haben kann, nur die Verlesung eines, unbedingte Beweiskraft besitzenden, richterlichen Protokolls zu verbieten, dagegen die eines außergerichtlichen zu gestatten.

Mit dem hier in Rede stehenden § 252 geht das Gesetz demnächst zu den Vorschriften über, nach welchen die Verlesung früherer Aussagen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung nicht an Stelle der persönlichen Abhörung derselben, sondern bei dessen Vernehmung, als ein Hilfsmittel zur sichreren Erforschung der Wahrheit, gestattet sein soll. Wenn nun in diesem § ganz dieselben Worte, wie in jenem § 249: „Protokoll über seine Vernehmung", gleichfalls ohne zwischen richterlichen und nicht richterlichen Behörden zu unterscheiden, gebraucht sind, in diesem letzteren § aber jene Worte, wie nachgewiesen, zweifellos auch auf die nicht richterlichen Protokolle bezogen werden müssen, so müßte es doch für einen wesentlichen — nicht zu vermuthenden — Redaktionsmangel gelten, wenn sich gleichwohl im § 252 die Worte „Protokoll über seine frühere Vernehmung" ausschließlich auf richterliche Protokolle hätten beziehen sollen.

Eine solche Auslegung dieses § wird aber auch dadurch ausge-

schlossen, daß in dem unmittelbar folgenden, frühere Erklärungen des Angekl. betreffenden § 253 ausschließlich die Verlesung richterlicher Protokolle gestattet ist. Dieser Gegensatz zwischen beiden §§ tritt in dem Grade deutlich hervor, daß der Richter dadurch nach den allgemeinen Regeln der Gesetzauslegung gezwungen wird, den § 252 auch auf nicht richterliche Protokolle zur Anwendung zu bringen.

Von der engeren Auslegung des § ausgegangen, würde aber auch die Vorschrift desselben, insbesondere die des Abs. 1 — von der die Bestimmung des Abs. 2, bei der Gleichstellung beider im Gesetz, nicht unterschieden werden darf — ihren Zweck verfehlen. Hat beispielsweise der Staatsanwalt auf Grund des § 159 StPO. in Veranlassung einer ihm erstatteten Anzeige über die Verübung eines Verbrechens einen ihm als zur Auskunftsertheilung befähigt bezeichneten Zeugen vollständig vernommen, die Erhebung der Anklage gegen den flüchtig gewordenen Thäter wird aber erst nach dem Verlauf von Jahren durch seine Festnahme ermöglicht, so würde, nach Keller's und Dochow's Ansicht, die in der Hauptverhandlung von jenem Zeugen bei seiner Vernehmung abgegebene Erklärung, daß die Einzelnheiten seiner in Bezug auf die Verübung des Verbrechens gemachten Wahrnehmungen seinem Gedächtniß mehr oder minder entschwunden seien, und die deshalb ausgesprochene Bitte, ihm seine vor der Staatsanwaltschaft gewissenhaft gemachten Angaben vorzulesen, unberücksichtigt bleiben müssen. Daß hierdurch dem Gericht ein wohlgeeignetes Mittel zur Erforschung der Wahrheit, zum Nachtheil sowohl der Vertheidigung als der Anklage entzogen würde, bedarf keiner Ausführung.

Auch aus der Geschichte der Entstehung des § läßt sich ein erhebliches Bedenken gegen die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht nicht herleiten.

Im Regierungsentwurf lautete der § 214 (252 StPO.): „Bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen kann das Protokoll über dessen frühere Vernehmung zur Unterstützung seines Gedächtnisses oder zur Feststellung oder Hebung von Widersprüchen verlesen werden." Während die Mot. S. 141 alin. 3 die Vorschrift als unbedenklich bezeichneten, ließ die Justizkomm. den § gegen den eingehend begründeten Widerspruch auch der Regierungs-Kommissarien bei erster Lesung gänzlich ausscheiden. S. 390 der Prot. Bei zweiter Lesung erhielt er seine jetzige, in Bezug auf die kritischen Worte „frühere

Vernehmung" mit dem Entwurfe übereinstimmende Fassung. So wenig bei der ersten als der zweiten Lesung ist die Frage, ob sich jene Worte auch auf nicht richterliche Vernehmungen bezögen, Gegenstand specieller Berathung geworden; auch der „Bericht" der Justizkomm. die StPO. betreffend, S. 68, spricht sich über dieselbe nicht aus. Sämmtliche von den Mitgliedern der Justizkomm. gestellten Anträge (Prot. S. 387, 959) enthalten die allgemeine Fassung: „frühere Aussagen", „frühere Vernehmungen". Uebereinstimmend hiermit brachte die Redaktions-Kommission S. 1133 die dem jetzigen § 252 entsprechende Redaktion in Vorschlag. Es ist jedoch während der Debatte an einer großen Anzahl von Stellen (S. 384—388, 960—962, 964, 965), sowohl Seitens Abgeordneter, als der Kommissarien der Regierungen (S. 385, 962) nur der Vernehmung „in der Voruntersuchung" und durch den Untersuchungsrichter" Erwähnung geschehen, und es könnte hieraus, in Verbindung mit der durch die Streichung des § bei erster Lesung in der Justizkomm. zu Tage getretenen Abneigung gegen die ganze Vorschrift desselben, gefolgert werden, daß man die Beschränkung derselben auf richterliche Vernehmung für selbstverständlich erachtet habe. Allein zunächst darf das Wort „Voruntersuchung" schon aus dem Grunde nicht für entscheidend erachtet werden, weil andernfalls die Vorschrift auch nicht auf die nach § 160 StPO. stattgehabten richterlichen Vernehmungen Anwendung fände, sowie auch im Wiederaufnahme-Verfahren (Buch IV StPO.) die Verlesung einer in der früheren Hauptverhandlung protokollirten Auslassung des Zeugen ausgeschlossen bliebe, wodurch die Absicht des Gesetzes vereitelt werden würde. Die Worte „Voruntersuchung", „Untersuchungsrichter" verlieren aber auch ihr Gewicht dadurch, daß an anderen Stellen der Prot. (S. 385, 387, 388, 959, 960) nicht nur die allgemeinen Bezeichnungen: „frühere Zeugenaussagen", „frühere Angaben" gewählt sind, sondern auch S. 384 von einem Abgeordneten zur Unterstützung seines Antrags auf Streichung der Worte: „Zeuge oder" — ohne Widerspruch zu finden — darauf hingewiesen worden ist, daß „nach § 214 des Entw. (§ 252 StPO.) nicht nur Aussagen aus der Voruntersuchung, sondern auch aus dem Skrutinal-Verfahren verlesen werden könnten", und ferner S. 961, 962 auch vom „Vorverfahren" und „vorbereitenden Verfahren" die Rede ist.

Würde aber selbst davon ausgegangen, daß eine überwiegende

Majorität der Mitglieder der Justizkomm. bei der Zustimmung zu dem § 252 davon ausgegangen sei, derselbe beziehe sich nur auf Protokolle über richterliche Vernehmungen, so dürfte hierauf gleichwohl die Entscheidung zu Gunsten der Ansicht Keller's und Dochow's nicht zu stützen, vielmehr aus den oben geltend gemachten Gründen anzunehmen sein, daß der § auch auf solche Vernehmungen Anwendung finde, welche im Vorbereitungs-Verfahren, sowie auch in demjenigen Verfahren stattgefunden haben, welches der polizeilichen Strafverfügung (§ 453 StPO.) und dem Strafbescheide der Verwaltungsbehörde (§ 459) vorangegangen ist.

Vertheidigung.

I. Form der Legitimation des erwählten Vertheidigers. §§ 137, 138 StPO.

Gegenstand der nachstehenden Erörterung ist ausschließlich die Legitimation eines Vertheidigers, welchem die Befugniß als „Vertreter" des Angekl. im Sinne der §§ 233, 322, 390, 427, 451, 457, 478 vor Gericht zu erscheinen nicht zusteht. Der Frage, in welcher Weise sich die im § 322 gedachten „Vertheidiger" und „Vertreter" zu legitimiren haben, ist unter Nr. VII eine besondere Ausführung gewidmet.

Darüber, wie der auf Grund der §§ 137, 138 gewählte Vertheidiger dem Gericht und Richter gegenüber seine Legitimation zu führen habe, weichen die Ansichten von einander ab.

Dalcke sagt S. 94 Nr. 2: „Der gewählte Vertheidiger bedarf einer Vollmacht, wenn er als solcher auftreten und namentlich Terminen (§ 191) ohne Mitanwesenheit des Beschuldigten beiwohnen will. Die Nothwendigkeit der Vollmacht ergiebt sich aus § 233." Dagegen von Holtzendorff B. I S. 403 Nr. 6: „Ueber die Legitimation des erwählten Vertheidigers zur Sachführung fehlt es an allgemeinen Bestimmungen. Die zu den Akten gelangte Anzeige des Nichtverhafteten oder die protokollarische Erklärung des Verhafteten sind ausreichend. Dasselbe gilt von der mündlichen Erklärung des Angeklagten in der Hauptverhandlung."

Gleicher Ansicht sind v. Schwarze S. 279 Nr. 5 und Thilo S. 143 Nr. 7.

Die Motive zu dem Regierungs-Entwurfe und die Berathungen der R.-J.-Kommission haben sich mit der vorliegenden Frage nicht beschäftigt.

Dalcke's Ansicht dürfte nicht beizutreten sein. Daß derselbe nicht bloß für den Fall, wenn der Vertheidiger ohne Beisein des Beschuldigten erscheint, sondern auch dann eine schriftliche Vollmacht erfordert, wenn der Letztere in Begleitung des Vertheidigers erscheint, ergiebt sich aus der Hinweisung auf den § 233, welcher ausdrücklich von einer schriftlichen Vollmacht spricht, in Verbindung mit den Worten „und namentlich Terminen ohne Mitanwesenheit u. s. w.". Jener von Dalcke zur Rechtfertigung seiner Ansicht in Bezug genommene § 233 handelt aber nicht von der Vertheidigung im Sinne des § 137 — welchem Dalcke die oben mitgetheilte Nr. 2 beigefügt hat — sondern in gleicher Weise, wie die bereits erwähnten §§ 322, 427 u. s. w. von der „Vertretung" des Angekl., welche dem damit Betrauten das, über die Befugnisse eines „Vertheidigers" hinausgehende Recht verleiht, an Stelle des Angekl. jede Art von Erklärungen, für denselben verbindlich, abzugeben — wie dies in der den § 322 betreffenden Abhandlung Nr. VII des Näheren nachgewiesen ist. Der § 233 steht hiernach der Ansicht Dalcke's nicht nur nicht zur Seite, sondern es muß daraus, daß das Gesetz nur in Bezug auf den Vertreter das Erforderniß einer schriftlichen Vollmacht ausgesprochen hat, über die Legitimation des Vertheidigers aber Bestimmungen überhaupt nicht enthält, gefolgert werden, daß zu dieser, der seitherigen Praxis der Gerichtshöfe entsprechend, jede dem Gerichtshofe, bzhw. Richter gegenüber erklärte Willensäußerung des Defendenden — gleichviel ob schriftlich oder protokollarisch, oder während der Verhandlung mündlich abgegeben — ausreicht. Selbst ein stillschweigend ertheilter Auftrag wird — wie auch Dr. Sal. Mayer B. II S. 170 Nr. 3 seines Kommentars zur österreichischen StPO. bemerkt — anzunehmen sein, wenn der Vertheidiger mit dem Angekl. vor Gericht erscheint und ohne dessen Widerspruch als solcher thätig ist.

In einzelnen Terminen (§ 191 Abs. 1 u. 2) wird ein Vertheidiger behufs Wahrnehmung des Interesses des Beschuldigten auch ohne Anwesenheit desselben zuzulassen sein, sofern sich nur eine Erklärung desselben bei den Akten befindet, daß er den Ersteren zu seinem Vertheidiger gewählt habe.

Dagegen wird der Substitut des Vertheidigers (§ 139), falls er nicht als solcher von dem anwesenden Beschuldigten ausdrücklich anerkannt wird, Substitutions-Vollmacht des Vertheidigers, sowie auch die

Zustimmung des Angekl. beizubringen und auf Erfordern des Gerichts den Nachweis zu führen haben, daß er seit mindestens zwei Jahren nach bestandener erster Prüfung im Justizdienste beschäftigt sei.

II. Zulassung von Frauen als Vertheidiger. §§ 137, 149 StPO.

von Holtzendorff ist der Ansicht, daß, da keinerlei Beschränkung gezogen sei, auch Frauen als Vertheidiger zulässig seien. B. I S. 401. 3.

Dem tritt Löwe S. 450 Nr. 5 bei. Er sagt: „das Gericht würde auch nicht einmal gehindert sein, eine Frauensperson als Vertheidiger zuzulassen." Dabei weist er auf eine Bemerkung S. 446 hin, nach welcher die Rechte des gesetzlichen Vertreters einer als Vormund fungirenden Frauensperson in gleicher Weise, wie anderen Vormündern zustehen.

Dalcke macht für seine entgegengesetzte Ansicht, neben der aus Entscheidungen des Preuß. Ob.-Trib. (Goltd. A. B. V S. 73; B. VI S. 87; B. XII S. 409) hergeleiteten bisherigen Praxis geltend: „daß Frauenspersonen nicht die äußere Gewähr dafür geben, daß sie die volle Einsicht in die Pflichten ihres Berufs (als Vertheidiger) und auch die erforderlichen Kenntnisse besäßen." S. 94 Nr. 1 zu § 138.

Voitus sagt S. 186 Nr. 2 zu § 138: „Der Ausdruck Personen bezeichnet in der StPO. beide Geschlechter, z. B. § 485 Abs. 2. Nach den Worten des Ges. würde daher die Zulassung von Frauen als Vertheidiger — z. B. einer Mutter für ihr unmündiges Kind — nicht ausgeschlossen sein. Aus dem § 149 StPO. muß jedoch geschlossen werden, daß dies der Absicht des Ges. nicht entspreche."

Dies aus dem § 149 hergenommene Argument verwirft v. Holtzendorff a. a. O. Nr. 4, weil „das Personal derjenigen, die als Beistand auftreten können, mit demjenigen der Vertheidigung nicht übereinstimme und die Schlußfolgerung, wer Beistand sein könne, auch Vertheidigung führen dürfe, nicht zutreffe. Wo die Frauen Vormund seien, blieben sie ohnehin nicht absolut ausgeschlossen."

Wie von Holtzendorff dazu gelangt ist, aus den Worten: „Aus dem § 149 StPO. muß jedoch geschlossen werden, daß die Zulassung von Frauen als Vertheidiger der Absicht des Ges. nicht ent-

spreche, zu entnehmen, daß ihnen die Schlußfolgerung zum Grunde liege: wer Beistand sein könne, dürfe auch Vertheidigung führen — ist nicht erkennbar. Eine derartige Schlußfolgerung würde nicht bloß eine völlig verfehlte gewesen sein, da man logischer Weise nicht von dem minus (Beistand) auf das majus (Vertheidigung) schließen darf, sondern sie würde auch mit Voitus' ausgesprochener Ansicht, daß Frauen nicht Vertheidiger sein dürften, in direktem Widerspruche gestanden haben. Jene Worte: „Aus dem § 149 u. s. w." sollen einfach den Gedanken ausdrücken: daß, weil das Gesetz den Frauen, namentlich der Mutter eines minderjährigen Angekl. nicht einmal gestatte, in der Hauptverhandlung als Beistand aufzutreten, nicht füglich angenommen werden könne, daß es Frauenzimmer für geeignet erachtet habe, die ungleich weiter reichenden Befugnisse eines Vertheidigers auszuüben. — Daß in der That die Rechte eines Beistandes geringer sind, als die eines Vertheidigers, Ersterer insbesondere nicht befugt ist, das Ablehnungsrecht auszuüben und Anträge zu stellen, über welche das Gericht entscheiden muß, ist unstreitig. Löwe S. 464. 3. v. Schwarze 288. 1 u. 2. Thilo 156. 1.

Der von v. Holtzendorff für entscheidend erachtete Grund, daß im § 137 „keinerlei Beschränkung gezogen sei", würde folgerecht dahin führen, daß Frauen auch als „Vertreter" des Angekl. in Fällen der §§ 233, 322, 390, 427, 451, 457, 478 aufzutreten berechtigt wären, wodurch, in Betracht, daß die Befugnisse des Vetreters noch ungleich weiter reichen, als die des Vertheidigers, der Widerspruch mit der Vorschrift des vorerwähnten § 149 noch greller hervortreten würde. Es kann aber auch überhaupt auf die Wahl des Wortes „Personen" im § 138 und auf den Mangel einer ausdrücklichen, die Frauen von der Vertheidigung ausschließenden Bestimmung kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, da dieselben Gründe auch z. B. nach der Fassung der §§ 32, 33 des GVG. und des § 486 Abs. 2 StPO. in Fällen Platz greifen würden, wo die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschrift ausschließlich auf Männer nicht zweifelhaft ist.

Endlich ist aber auch mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß, wenn in der That beabsichtigt wäre, Frauen im Widerspruche mit den zwei Entscheidungen des Preuß. Obertribunals (Dalcke's Hinweisung auf Goltd. Arch. B. 6 S. 87 scheint auf einem Druckfehler zu beruhen, da dort etwas auf die vorliegende Frage Bezüg-

liches sich nicht befindet) als Vertheidiger zuzulassen, die Motive zum Regierungs-Entwurfe sich darüber ausgesprochen haben würden, mindestens die Frage in der Justizkomm. zur Sprache gebracht sein würde, wenngleich jenen Entscheidungen die Preuß. Verordn. v. 3. Mai 1852 zum Grunde liegt. Gegenüber den Schlußworten von Holtzendorff's: „Als Vormünder seien die Frauen ohnehin nicht absolut (von der Befugniß, als Vertheidiger aufzutreten) ausgeschlossen", ist darauf hinzuweisen, daß die §§ 137 Abs. 2, 140 Abs. 2 Nr. 2 und 340 Abs. 2 den Vormündern nur das Recht zur Wahl eines Vertheidigers, zu dem Antrage auf Bestellung eines solchen und zur Einlegung von Rechtsmitteln, nicht aber die Befugniß, selbst als Vertheidiger aufzutreten, gewähren.

III. Nothwendigkeit der Vertheidigung in den höheren Instanzen. §§ 140, 390 StPO.

Die Frage, ob die Vorschrift des § 140 (Abs. 2 u. 3) ausschließlich auf die erste Instanz zu beziehen sei, wird von Löwe und von Schwarze bejaht, von von Holtzendorff und Voitus verneint.

Löwe erklärt S. 455. 11a: „Die Nothwendigkeit der Vertheidigung greift nur in der ersten Instanz Platz und erstreckt sich nicht auf die Revisionsinstanz (eine Berufungsinstanz giebt es in den im § 140 bezeichneten Sachen nicht)."

von Schwarze S. 281. 7: „Die (Nothwendigkeit der) Bestellung des Vertheidigers beschränkt sich auf die Verhandlung vor dem Gerichte erster Instanz. Die Fassung des Gesetzes spricht für diese engere Auslegung. Die Bestellung erstreckt sich daher nicht auf die Revisionsinstanz. Auf den Fall der Wiederaufnahme ist sie unbedingt nicht zu beziehen."

Voitus S. 189. 3: „Da das Gesetz nicht sagt, die Vertheidigung sei für die erste Instanz nothwendig, sich vielmehr allgemein dahin ausspricht: in den Sachen, welche u. s. w., auch in den §§ 367 und 391 ausdrücklich des Vertheidigers Erwähnung geschieht, und es inkonsequent sein würde, bei den unter Nr. 1 u. 2 aufgeführten Angekl. die Vertheidigung in den höheren Instanzen für entbehrlich zu erachten, obgleich sich die Berufungsinstanz bei stattfindender

erneuter Beweiserhebung nicht wesentlich von der ersten Instanz unterscheidet*), so wird die Zuordnung eines Vertheidigers auch für die Berufungs- und die Revisionsinstanz erforderlich sein."

von Holtzendorff führt B. 1 S. 397. 5 unter Hinweisung auf die zwischen von Schwarze und Voitus bestehende Meinungsverschiedenheit aus:

> „Einerseits erscheint es unbillig, den bestellten Vertheidiger zu Reisen an eine entlegene Gerichtsstelle zu nöthigen, andererseits ist dasselbe Bedürfniß des Rechtsschutzes durch Vertheidigung, das zur Einrichtung der nothwendigen Vertheidigung hinleitet, auch für die oberen Instanzen nicht nur überhaupt vorhanden, sondern sogar deswegen gesteigert, weil der Angekl. in schweren, mit Haft verbundenen Fällen regelmäßig bei der Verhandlung nicht zugegen sein kann. Da jede Vertheidigung Recht und Pflicht des ordnungsmäßigen Gebrauchs der zulässigen Rechtsmittel in sich schließt, scheint es richtiger, den nothwendigen Vertheidiger auch für die höheren Instanzen als verpflichtet zu erachten und ihm zu überlassen, etwaige Entschuldigungsgründe mit einem Antrage, an seiner Statt einen anderen Vertheidiger zu berufen, geeigneten Falls geltend zu machen."

von Holtzendorff faßt zwar Eingangs dieser Ausführung zunächst die Verpflichtung des in erster Instanz bestellten nothwendigen Vertheidigers zur Fortführung der Vertheidigung auch in den höheren Instanzen ins Auge; sein Argument, daß die bezüglich der ersten Instanz angeordnete Nothwendigkeit der Vertheidigung sich für die höheren Instanzen noch im gesteigerten Maße geltend mache, so wie sein Ausspruch, daß die Verpflichtung des Vertheidigers auch für diese Instanzen fortbestehe und er event. die Ernennung eines Substituten beantragen könne, geben aber unzweideutig zu erkennen, daß er die Vorschrift des § 140 auch auf die Berufungs- und Revisionsinstanz erstrecke.

Dieser Ansicht wird beizutreten sein. von Schwarze's nicht näher motivirte Bemerkung: die Fassung der Vorschrift spreche für

---

*) Im Betreff der Berufung vergl. die Abhandl. IV.

die engere Auslegung derselben, findet in den Worten des Abs. 2: „In Sachen, welche in erster Instanz zu verhandeln sind" ihre Widerlegung. Um die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die höheren Instanzen auszuschließen, hätte es nothwendig heißen müssen: „Für die erste Instanz der nach den §§ 73, 74 GVG. vor dem Landgericht zu verhandelnden Sachen." Denn die Worte: „In Sachen, welche" umfassen die ganze Untersuchung, also, soweit es sich, wie hier, um die Hauptverhandlungen handelt, alle Instanzen, welche von der einen oder anderen Partei beschritten werden. Der Sinn jener Worte des zweiten Absatzes dürfte sich bei Berücksichtigung der Verbindung ergeben, in welcher der Abs. 2 zu dem ersten steht. Dieser erste Abs. bestimmt: daß bei den auf Grund des § 136 Abs. 1 GVG. vor dem Reichsgericht und in den vor den Schwurgerichten zu verhandelnden Sachen die Vertheidigung nothwendig sein soll. Er läßt also die Zuständigkeit des Gerichts über die Nothwendigkeit der Vertheidigung entscheiden. In gleicher Weise verfährt der zweite Abs. Er will sagen: In den Sachen, für welche das Landgericht in erster Instanz zuständig ist, bedarf es in Fällen der Nrn. 1 u. 2 der Vertheidigung. Er läßt also die Frage: ob sich die Nothwendigkeit der Vertheidigung auf die erste Instanz beschränkt, oder auf die höheren Instanzen ausdehnt, unberührt.

Es darf auch nicht angenommen werden, daß die Worte: „in den Sachen" und „in Sachen, welche" auf eine Ungenauigkeit bei der Redaktion zurückzuführen seien, da auch der Regierungsentwurf im § 126 mit den Worten begann: „In Sachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind", und es in Uebereinstimmung hiermit auch in den Motiven S. 83 heißt: In allen Sachen, die in erster Instanz zur Zuständigkeit u. s. w. Führt aber der Wortsinn der Vorschrift zu der von von Holtzendorff und Voitus vertheidigten Auslegung derselben, so hätte es zur Rechtfertigung der oben angeführten Ansicht von Löwe und von Schwarze des Nachweises bedurft, daß nach der Entstehungsgeschichte des § oder aus inneren Gründen die Beschränkung der nothwendigen Vertheidigung auf die erste Instanz geboten erscheine. Die Mot. und die Verhandlungen der Justizkomm. lassen aber die Frage unberührt, und daß die ratio legis auf die einschränkende Auslegung des § hinführe, wird sich gegenüber den oben mitgetheilten

gegen die Beschränkung geltend gemachten Argumenten nicht nachweisen lassen.

Aus den die höheren Instanzen betreffenden Vorschriften (§§ 367, 390, 391) ist ein Anhalt zur Beantwortung der vorliegenden Frage so wenig nach der einen als anderen Richtung hin herzunehmen. Die Worte des § 390: „auf dessen Verlangen der Vertheidiger" lassen zwar die Auslegung zu, daß sie allgemein auf jeden Vertheidiger, also auf den nach § 140 bestellten, wie auf den gewählten bezogen werden sollen; doch wird auf dieselben kein Gewicht zu legen sein, da die Berathungen der Justizkomm. über den betreffenden Antrag (S. 600 der Prot.) ergeben, daß die hier vorliegende Frage dabei nicht ins Auge gefaßt worden ist.

Die von von Holtzendorff angeregte Frage, ob dem für die erste Instanz auf Grund des § 140 bestellten Vertheidiger die Verpflichtung obliege, die Vertheidigung auch in den höheren Instanzen zu führen, wird wohl nur für die Fälle zu bejahen sein, wo der Sitz des Gerichts der höheren Instanz mit dem der ersten zusammenfällt. Entgegengesetzten Falls führt die Rücksicht auf die mit den Reisen des Vertheidigers und seinem Aufenthalte an einem anderen Orte verknüpften, nach § 150 StPO. der Staatskasse zur Last fallenden Kosten auf die Nothwendigkeit der Bestellung eines neuen Vertheidigers hin.

IV. Nothwendigkeit der Vertheidigung in Fällen des § 140 Abs. 2 Nr. 1 StPO., wenn der Straffall dem Schöffengericht durch das Landgericht auf Grund des § 75 GVG. überwiesen worden ist.

Daß die Worte des Abs. 2 des § 140: „In Sachen, welche vor dem Landgericht in erster Instanz" u. s. w. nicht dahin aufzufassen sind, daß dadurch die Nothwendigkeit der Vertheidigung unbedingt auf die erste Instanz habe beschränkt werden sollen, ist in der Abhandlung Nr. III nachzuweisen gesucht worden. Hier handelt es sich um die speciellere Frage, ob die Vorschrift des Abs. 2 auf die Berufungs-Instanz ausnahmslos, also auch dann außer Anwendung bleibt, wenn eine zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörige Sache von diesem auf Grund des § 75 GVG. dem Schöffengericht

überwiesen worden ist. Ihre Bejahung ergäbe sich von selbst, wenn angenommen würde, daß in derartigen den Schöffengerichten überwiesenen Untersuchungen die Nothwendigkeit der Vertheidigung auch in erster Instanz nicht eintrete. Auch hierüber weichen die Ansichten der Kommentatoren von einander ab.

Löwe bemerkt zunächst S. 454. 2a: es komme nur darauf an, ob die Sache vor einem der im § 140 bezeichneten Gerichte „zu verhandeln" sei; ob das betreffende Gericht an sich zuständig sei, oder seine Zuständigkeit nur durch den Zusammenhang (§ 2) begründet werde, sei gleichgiltig. In Bezug auf die hier vorliegende Frage sagt er S. 454. 2b:

> „In dem Falle, wenn eine der im Abs. 2 Nr. 1 (des § 140) gedachten Sachen dem Schöffengericht überwiesen wird (GVG. § 75), wird die Nothwendigkeit der Vertheidigung durch die Ueberweisung wieder aufgehoben; die nach Abs. 3 bereits erfolgte Bestellung eines Vertheidigers ist also zurückzunehmen, unbeschadet der Vorschrift des § 141"; ferner S. 455. 11a: „eine Berufungsinstanz giebt es in den im § 140 bezeichneten Sachen nicht."

von Schwarze bemerkt in seinen Noten zu § 364, im Einklange mit seiner in der vorstehenden Abhandlung Nr. III mitgetheilten Ansicht über die Beschränkung der nothwendigen Vertheidigung auf die erste Instanz:

> „Die Fälle des § 140 beziehen sich nur auf die vor dem Landgericht in erster Instanz (nicht auch in der Berufungsinstanz) zu verhandelnden Sachen. Die Zuordnung eines Vertheidigers in Schöffengerichtssachen findet überhaupt (außer im § 141) nicht statt, also auch nicht in der zweiten Instanz."

Die hier allein zu entscheidende Frage, ob die Vorschrift des Abs. 2 des § 140 auf die zwar zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörenden, aber dem Schöffengerichte überwiesenen Straffälle Anwendung finde, ist jedoch von ihm einer Prüfung nicht unterworfen worden. Dies gilt auch von

Thilo, welcher S. 145. 6 bemerkt:

> „Nach dem Wortlaute, welcher die Nothwendigkeit der Vertheidigung nicht davon abhängig macht, ob für die einzelnen Strafthaten das Reichsgericht, Schwurgericht oder Land-

gericht zuständig, sondern ob sie von dem einen oder anderen Gerichte zu verhandeln sind, finden die Vorschriften auch auf solche Personen Anwendung, welche nur wegen des Zusammenhangs (§ 2) dieser Anklage mit einer anderen vor das Reichsgericht, Schwurgericht oder Landgericht gestellt werden. Mot. zu § 126 S. 83."

von Holtzendorff giebt — im Widerspruch mit den vorstehenden Aeußerungen — dadurch, daß er in der bei Nr. III wörtlich mitgetheilten Ausführung wiederholt von der Nothwendigkeit der Vertheidigung in den höheren Instanzen spricht, zu erkennen, daß er eine solche nicht bloß für die Revision, sondern auch für die Berufung ins Auge gefaßt habe, von welcher nur unter der Voraussetzung die Rede sein kann, daß die Vorschrift des Abs. 2 auf die dem Schöffengericht vom Landgericht überwiesenen Straffälle Anwendung finde.

Im Einklange hiermit übersetzt

Keller die Worte des Abs. 2, „welche vor dem Landgericht zu verhandeln sind" durch: für welche das Landgericht zuständig ist. Er sagt S. 139 I c: „Die Ernennung eines Vertheidigers muß eintreten: in zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörigen Sachen (§§ 73 74 GVG.) wenn der Angeschuldigte taub oder stumm oder unter 16 Jahren ist."

Voitus hat in der in der Abhandlung III angeführten Stelle gleichfalls auch der Berufungsinstanz Erwähnung gethan, ohne jedoch die hier vorliegende Frage speciell zu besprechen. Hiernach stehen sich die Meinungen über die Bedeutung der Worte: „welche — zu verhandeln sind" einander direkt gegenüber. Eine bestimmte Terminologie, welche für ihre Auffassung maßgebend sein könnte, ist aus der StPO. nicht zu entnehmen. Sie kommen außer diesem Falle nur vor in den — von der Justizkomm. eingeschalteten — §§ 198, 199. Werden sie dort aber auch in dem Sinne aufgefaßt, wie sie hier von Löwe, von Schwarze und Thilo ausgelegt werden, und wie sie, nach S. 83 der Mot., im § 126 Abs. 1 des Entwurfs mit Rücksicht auf die in letzterem vorgesehene, von der Justizkomm. aber in Fortfall gebrachte Zuläßigkeit der Ueberweisung zur Zuständigkeit des Schwurgerichts gehöriger Strafsachen an das Landgericht gebraucht waren, so läßt dies doch einen Rückschluß auf ihre Bedeutung im

§ 140 nicht zu; theils, weil die Vorschriften jener §§ durchweg anderweitige Gegenstände betreffen, und demzufolge andere Gesichtspunkte bei ihnen leitend gewesen sind, theils weil nach Ausweis der Protok. der Justizkomm. (S. 932, 933) bei der Ausschließung der vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen von den Bestimmungen der §§ 198, 199 (bei der Berathung in der Justizkomm. §§ 165, 165a) die Rücksicht auf die Zulässigkeit der Berufung vorgewaltet hat, welche, wie demnächst nachgewiesen werden soll, bei der Vorschrift des gleichfalls von der Justizkomm. dem Entwurfe hinzugefügten Abs. 2 des § 140 weder geltend gemacht worden ist, noch auch bezüglich der Nr. 1 hätte Platz greifen können.

Mangels einer für den Sinn der Worte „zu verhandelnden" maßgebenden festen Terminologie der StPO. nöthigen dieselben aber nicht, sie als Gegensatz zur „Zuständigkeit" aufzufassen; eine Sprachwidrigkeit wird Keller nicht schuldgegeben werden können, wenn er sie für gleichbedeutend mit „zur Zuständigkeit gehörig" hält. Sie lassen sich ebensowohl in diesem Sinne, als in demjenigen auffassen, welchen der § 244 Abs. 2 mit den Worten „In den Verhandlungen vor" u. s. w. verbindet. Die Prot. der Justizkomm. gewähren aber auch die Ueberzeugung, daß in derselben die Absicht, die „überwiesenen" Strafsachen (§ 75 GVG.) von der Vorschrift des Abs. 2 des § 140 StPO. auszuschließen, nicht vorgewaltet hat.

Der der Vorschrift dieses Abs. zum Grunde liegende Antrag des Abgeordn. von Schwarze lautete S. 496 II: „Ferner ist in Sachen, welche vor die Landgerichte gehören, von Amtswegen ein Vertheidiger dem Beschuldigten zu bestellen, wenn" u. s. w. Uebereinstimmend hiermit hieß es im Antrage Eysoldt-Herz-Klotz S. 496a Nr. 3: „in Sachen, welche vor die Landgerichte gehören, wenn der Beschuldigte" u. s. w. Gegen den Ausdruck „gehören", welcher, Mangels einer entgegenstehenden Aeußerung der Antragsteller, nur auf die „Zuständigkeit" bezogen werden kann, wurde von keiner Seite ein Bedenken geäußert, vielmehr heißt es S. 501 ohne jede Einschränkung: Der Antrag von Schwarze, mit welchem der Antrag Eysoldt und Gen. Nr. 3 übereinstimme, sei angenommen worden. Daß demnächst in der Zusammenstellung des Entwurfs erster „Lesung" die Worte „vor dem Landgerichte zu verhandeln" gewählt sind, kann in dem Sinne jenes S. 501 von der Justizkomm. gefaßten Beschlusses nichts

ändern, da die Redaktions-Kommission nicht befugt gewesen wäre, den Beschluß materiell, und überdies zum Nachtheile des bei den Berathungen in der Kommission überall mit lebendigem Interesse zur Geltung gebrachten favor defensionis abzuändern." Eine solche Benachtheiligung des Beschuldigten würde um so weniger zulässig gewesen sein, als in dem, von der Justizkomm. durch Hinzufügung des hier in Rede stehenden Abs. 2 ergänzten § 126 des Entwurfs durch die Fassung: „in Sachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind" beide Begriffe auseinandergehalten waren, es mithin bei der Berathung der Anträge von Schwarze und Eysoldt und Genossen nahe gelegen hätte, den in denselben gebrauchten Ausdruck „vor die Landgerichte gehören" zu beseitigen, wenn die Justizkomm. in der That beabsichtigt hätte, die Nothwendigkeit der Vertheidigung bei den zwar vor die Landgerichte gehörenden, aber den Schöffengerichten „überwiesenen" Sachen nicht eintreten zu lassen. Es hätte hierzu für die Justizkomm. um so mehr Veranlassung vorgelegen, als der Abgeordnete Struckmann (S. 498 Abs. 4) bei der Bekämpfung eines Antrages von Eysoldt u. Gen. der nach § 75 des GVG. zulässigen „Ueberweisung" Erwähnung that, die Frage, ob zum Zwecke der Ausschließung der „überwiesenen" Sachen von der Vorschrift des Abs. 2 die Worte: welche — „gehören", zu ändern seien, mithin in der Kommission angeregt war.

Auch die Prot. 2. Lesung (S. 771, 772, 871, 876) enthalten nirgend eine Andeutung, daß die — gar nicht zur Sprache gekommene — Redaktionsveränderung bezwecke, der Vorschrift des Abs. 2 engere Grenzen zu setzen, als ihr durch die Worte des Beschlusses: „welche vor die Landgerichte gehören" zugewiesen waren. Es heißt S. 876 der Prot. ohne jede Erwähnung der Abänderung: der § 126 (des Entw.) sei mit den — hier nicht interessirenden — Modifikationen in der Fassung erster Lesung genehmigt.

Werden aber auch die Zweifel, zu denen die Wortfassung des Abs. 2 des § 140 Anlaß giebt, durch die Geschichte der Entstehung desselben nicht für behoben erachtet, weil die Frage so, wie sie hier vorliegt, nicht besonders zum Gegenstande der Diskussion, geschweige denn der Abstimmung gemacht worden ist, so wird gleichwohl die Ansicht, nach welcher der Abs. 2 auf die „überwiesenen" Sachen mit

zu beziehen ist, mit Rücksicht auf die sehr bedenklichen Folgen, mit welchen die entgegengesetzte Auslegung verbunden sein würde, den Vorzug verdienen.

Nach § 199 wird dem Angekl. die Anklageschrift noch vor der Beschlußnahme des Landgerichts über die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Aufforderung zur Erklärung über dieselbe mitgetheilt. Hieran schließt sich nach § 140 Abs. 3 in Fällen des Abs. 2 Nr. 1 die Bestellung des Offizial-Vertheidigers unmittelbar an, und dieser wird dem Angekl. — wie auch Löwe S. 454. 8a bemerkt — gleichzeitig mit der erwähnten Aufforderung namhaft gemacht. Hierdurch wird der Angekl. von der gesetzlichen Nothwendigkeit, ihm für diese Untersuchung im Falle ihrer Eröffnung einen Vertheidiger von Amtswegen zu bestellen, in Kenntniß gesetzt. Beschließt nun demnächst das Landgericht bei der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 201) die Ueberweisuug der Sache an das Schöffengericht, so müßte nach Löwe's Ansicht — wie dieser auch S. 454. 2b erwähnt — nicht bloß die erfolgte Bestellung des Vertheidigers rückgängig gemacht werden, sondern es fiele — von der Unanwendbarkeit des § 140 Abs. 2 auf solche überwiesene Sachen ausgegangen — die Nothwendigkeit der Bestellung eines anderen Vertheidigers für den taubstummen Angekl. im schöffengerichtlichen Verfahren fort, obgleich ihm das Verfahren vor dem Landgericht eine höhere Garantie für die Richtigkeit der Auffassung seiner Auslassungen dargeboten hätte, als das vor dem zu zwei Dritteln mit Laien besetzten Schöffengericht. Daß sich dem Angekl. ein Verständniß für eine derartige gesetzliche Anordnung eröffnen sollte, ist nicht wahrscheinlich; er wird sich voraussetzlich der Meinung des Ministerial-Direktor von Beyerle anschließen, welcher S. 876 der Prot. der Justizkomm. die treffende Bemerkung macht: „Juristisch gebildete Richter haben weit mehr, als der Laie die Befähigung aus der Masse des Materials die zur Vertheidigung dienenden Momente herauszufinden und zu kombiniren.“

Die Bestellung eines Vertheidigers, deren Wiederaufhebung und die Benachrichtigung des Angekl. von der ersteren und demnächst von der letzteren würde auch in solchen Fällen nicht allgemein dadurch vermieden werden können, daß das Landgericht die Sache schon beim Eingange der Anklageschrift in dazu geeigneten Fällen dem Schöffengericht überweist. Denn, würde auch ein solches Verfahren, als praeter legem (§ 199),

für zulässig erachtet, so wird es sich doch als Regel empfehlen, vor der Beschlußnahme über den Ueberweisungs-Antrag der Staatsanwaltschaft die Erklärung des Angekl. (§ 199 Abs. 1 u. 3) abzuwarten, da erst diese vielfach dem Gericht ein Urtheil darüber ermöglichen wird, ob in der That die Untersuchung sich so einfach gestalten wird, als es nach der Anklageschrift den Anschein hat. Selbst die Art und der Umfang des vom Angekl. angetretenen Beweises kann das Gericht bestimmen, den Ueberweisungs-Antrag abzulehnen. Hierzu kommt, daß die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet ist, jenen Antrag schon bei Einreichung der Anklageschrift zu stellen; sie ist in ihrem Rechte, wenn sie die letztere dem Abs. 2 des § 198 entsprechend einrichtet, und erst wenn die darauf ergehende Erklärung des Angekl. es ihr rathsam erscheinen läßt, die Ueberweisung zu beantragen. Die Richtigkeit dieser Deduktion ist auch von Löwe indirekt durch seine erwähnte, die Zurücknahme der bereits erfolgten Bestellung eines Vertheidigers betreffende Bemerkung anerkannt. S. 454. 2b.

Die Nothwendigkeit einer Vertheidigung des Angekl. würde — wenigstens nach der Ansicht, daß eine Rückgabe der überwiesenen Sache Seitens des Schöffengerichts an das Landgericht unstatthaft sei, auch wenn ersteres eine Ueberschreitung der Strafgrenzen des § 27 Nr. 2 GVG. für nöthig halte — selbst dann nicht eintreten, wenn das Schöffengericht die Verhängung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe über den Angekl. beschlösse, deren Maß möglicher Weise dasjenige überschreiten kann, welche das Landgericht der Verschuldung des Angekl. entsprechend gefunden haben würde.

Noch bedenklicher erscheint die hier bekämpfte Ansicht, wenn erwogen wird, daß nach derselben die Nothwendigkeit der Vertheidigung durch die Verhandlung der ersten Instanz vor dem Landgericht bedingt ist, mithin im Falle der Berufung gegen das schöffengerichtliche Urtheil auch vor dem Landgericht ohne Vertheidiger mit dem Angekl. verhandelt werden dürfte, während die Bestellung eines solchen für die Verhandlung vor demselben nothwendig gewesen wäre, wenn die Ueberweisung unterblieben, die erste Instanz also vor dem Landgericht verhandelt worden wäre. Diese Antinomie tritt besonders dann auffallend hervor, wenn das Schöffengericht, wie ihm nach § 244 Abs. 2 StPO. zusteht, unter Aussetzung jeder Beweisaufnahme auf Grund eines vom Angekl. ohne Erklärung über die Anschuldigung selbst, erhobenen Prä-

judizial-Einwandes auf Freisprechung desselben erkennt, und die Staatsanwaltschaft gegen dies Urtheil die Berufung einlegt. Denn in einem solchen Falle unterscheidet sich das Verfahren vor dem Landgericht in 2. Instanz in keiner Weise von demjenigen, welches in erster Instanz vor demselben stattgefunden hätte, wenn die Ueberweisung der Sache an das Schöffengericht unterblieben wäre. Und doch macht sich in jenem Falle das Bedürfniß, den im Abs. 2 bezeichneten Personen einen Vertheidiger zu bestellen, in vollkommen gleichem Maße geltend, wenn das Verfahren vor dem Landgericht in zweiter Instanz erfolgt, als wenn es vor demselben in erster Instanz stattgehabt hätte.

Der hiernach mit der gegnerischen Auslegung des Abs. 2 für den Angekl. verknüpfte Nachtheil, daß die Nothwendigkeit der Vertheidigung für beide Instanzen fortfällt, während ihm nach der hier vertheidigten Ansicht für die Verhandlung der Sache vor dem Landgericht ein Vertheidiger unbedingt hätte bestellt werden müssen, scheint entscheidend für die letztere Meinung zu sprechen.

Es läßt sich für jene Auslegung auch nicht geltend machen, daß in Folge der Ueberweisung der Sache an das Schöffengericht gegen das bei diesem ergehende erste Urtheil das Rechtsmittel der Berufung zulässig, die Vertheidigung mithin weniger nöthig sei. Daß dies Argument in solchen Fällen hinfällig ist, wo in der ersten Instanz eine Auslassung des Angekl. zur Sache selbst und eine Beweisaufnahme gar nicht stattgefunden hat, die eigentliche Untersuchungs-Verhandlung vielmehr erst in der Berufungs-Instanz beginnt, liegt nach dem vorstehend Gesagten auf der Hand. Aber auch dann, wenn vor dem Schöffengericht vollständig verhandelt worden ist, kann der Nachtheil, welcher für den Angekl. durch den Fortfall der im Abs. 2 des § 140 angeordneten Vertheidigung herbeigeführt ist, durch die Gewährung des Rechtsmittels der Berufung nicht behoben werden. Denn jene Vorschrift bezweckt, wie schon angedeutet, dem tauben oder stummen oder jugendlichen Angekl. durch die Zuordnung eines Vertheidigers einen höheren Grad von Bürgschaft dafür zu gewähren, daß er die an ihn gerichteten Fragen und das von Anderen ihm gegenüber Erklärte richtig auffaßt, und daß andererseits Mißverständnissen seiner eigenen Auslassungen vorgebeugt werde. Ist aber dem Angekl. die Wohlthat einer solchen Garantie entzogen, und haben in Folge dessen Mißverständnisse in erster Instanz nach der einen oder anderen Seite hin stattgefunden,

so ist das Rechtsmittel der Berufung wenig geeignet, den dem Angekl. aus solchen Mißverständnissen erwachsenen Nachtheilen abzuhelfen, zumal, wie bemerkt, auch für diese Instanz die Nothwendigkeit der Vertheidigung ausschiede.

Es wird hiergegen auch nicht eingewendet werden können, daß den Gerichten nach § 141 unbenommen sei, dem Angeschuldigten einen Vertheidiger von Amtswegen zu bestellen. Denn, wenn diese Bestimmung zur Wahrung des Interesses des Letzteren für ausreichend erachtet worden wäre, hätte es der Vorschrift des Abs. 2 des § 140 überhaupt nicht bedurft, vielmehr bei dem Abs. 2 des § 126 des Regierungs-Entwurfs sein Bewenden behalten können. Ueberdies wird bei Schöffengerichten, welche ihren Sitz in kleinen Städten oder in Dörfern haben, die Bestellung von Vertheidigern vielfach mit Schwierigkeiten verknüpft sein.

Wird auf Grund der vorstehenden Ausführung die Nothwendigeit der Vertheidigung des Angekl. bezüglich der ersten Instanz anerkannt, so folgt dieselbe nach der Abhandlung Nr. III — sofern deren Gründen beigetreten wird — zugleich für die Berufungs-Instanz.

V. Nothwendigkeit der Vertheidigung bei solchen zur Zuständigkeit der Landgerichte, bzhw. Schöffengerichte, gehörigen Straffällen, welche auf Grund des Zusammenhanges mit schwereren Delikten vor dem Reichsgericht oder Schwurgericht, bzhw. Landgericht verhandelt werden. §§ 140 und 5 StPO.

Auch bei dieser Frage entfernen sich die in den Kommentaren niedergelegten Ansichten von einander.

Dalcke sagt S. 96. 2, unter Hinweisung auf ein in Oppenhoff Rechtsprechung des Obertribunals B. 8 S. 382 abgedrucktes Urtheil: „Kommt ein Vergehen wegen Konnexität zur Verhandlung vor das Schwurgericht, so braucht kein Offizialvertheidiger bestellt zu werden.“ Entgegengesetzter Meinung sind

Löwe. Er bemerkt S. 218 in Bezug auf die Vorschrift des § 5 StPO., nach welcher das mit verbundenen Sachen befaßte Gericht in allen diesen Sachen gleichmäßig zu verfahren habe:

„es sei z. B. vor dem Schwurgericht die Vertheidigung auch in Ansehung desjenigen Beschuldigten nothwendig, der nur wegen eines Vergehens und nur vermöge des Zusammenhangs mehrerer Sachen vor das Schwurgericht gestellt sei." Aehnlich S. 454. 2a: „Es mache hinsichtlich der Nothwendigkeit der Vertheidigung keinen Unterschied, ob es sich um ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Uebertretung handle; es müsse z. B. auch demjenigen ein Vertheidiger bestellt werden, der lediglich einer Uebertretung beschuldigt, aber des Zusammenhangs wegen vor das Schwurgericht verwiesen sei."

Da des Schwurgerichts hier nur beispielsweise Erwähnung geschehen ist, muß angenommen werden, daß Löwe denselben Grundsatz auch in Bezug auf die vor dem Reichsgericht anhängigen Untersuchungen angewandt wissen will.

Keller S. 140. 3 und S. 2 hält, unter Hinweisung auf die Mot. zu § 140 die Vertheidigung bezüglich der wegen des Zusammenhangs vor das Schwurgericht und vor das Reichsgericht verwiesenen Sachen für nothwendig.

von Schwarze sagt S. 280. 2 zu § 140:

> „Ist eine zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts gehörige Strafsache in Folge des Zusammenhangs mit einer Schwurgerichtssache an das Schwurgericht gewiesen, so ist bestritten, ob die Nothwendigkeit der Vertheidigung auch auf die zusammenhängende Strafsache und die etwa bei ihr überdies noch betheiligten Personen sich erstreckt. Die Mot. S. 83 folg. bejahen diese Frage und sie wird auch durch die Vorschrift des § 5 bejaht." Zu Abs. 2 des § 140 sagt er: „Es entscheidet hier gleichfalls die vorstehend zu Abs. 1 gemachte Bemerkung."

von Holtzendorff, der auch diese Frage in Verbindung mit der Erörterung des Umfangs der Befugnisse des bestellten Vertheidigers prüft, auch nur das Schwurgericht ins Auge faßt, sagt S. 397. 5: „Zweifelhaft könnte sein, ob ipso jure die nothwendige Vertheidigung sich auch auf solche Rechtssachen ausdehne, die als konnexe Fälle vor das Schwurgericht gelangen. Dafür spricht schon die Erwägung, daß das Strafmaß in solchen Fällen einheitlich nach den Regeln der Konkurrenz festgesetzt wird."

Thilo giebt durch die in der Abhandlung Nr. IV angeführte Stelle S. 145. 6 seines Kommentars zu erkennen, daß er die Vertheidigung bezüglich solcher Personen, welche wegen des Zusammenhangs der gegen sie erhobenen Anklage mit einer anderen von einem höheren als dem für ihr Delikt zuständigen Gericht zur Untersuchung gezogen sind, für nothwendig erachtet, gleichviel ob die Untersuchung bei dem Reichsgericht, dem Schwurgericht oder dem Landgericht anhängig ist.

Bei der Beurtheilung dieser verschiedenen Ansichten werden die drei Gerichte, um welche es sich dabei handelt, auseinander zu halten sein.

Der Ansicht Dalcke's, daß die Nothwendigkeit der Vertheidigung auch dann ausscheide, wenn ein Vergehen wegen Konnexität zur Verhandlung vor das Schwurgericht komme, wird nicht beizutreten sein. Das von ihm als alleiniges Argument in Bezug genommene Obertribunals-Urtheil kann wohl hier, wo es sich um Auslegung specieller Vorschriften der StPO. handelt, für maßgebend nicht gelten.

Ob die entgegengesetzte Ansicht, wie von Löwe und v. Schwarze geschehen, auf den § 5 StPO. gegründet werden kann, ist nicht ohne Zweifel. Der dort gewählte Ausdruck „Verfahren" scheint (die Begründung des von der Justizkomm. eingeschalteten § g (5), S. 3 und 15 der Prot. ergiebt hierüber nichts) im Sinne der Ueberschrift des „zweiten Buches": „Verfahren in erster Instanz" gebraucht zu sein, sich aber nicht auf Vorschriften wie die die Vertheidigung betreffenden beziehen zu sollen, welche den Bestimmungen über das „Verfahren" in der StPO. vorangehen. Daß ferner die von Thilo in Bezug genommenen Worte des § 140, „zu verhandeln", nicht entscheidend sind, hat die Abhandlung Nr. IV nachzuweisen gesucht.

Dagegen sprechen die von der Justizkomm. nicht bekämpften Mot. zum Regierungs-Entwurf S. 83 aufs Bestimmteste aus, daß die Vorschrift des Abs. 1 des § 140 „auch auf solche Personen Anwendung finde, welche einer an sich nicht zur Zuständigkeit des Schwurgerichts gehörigen strafbaren Handlung angeklagt, wegen des Zusammenhanges dieser Anklage mit einer anderen dieser Zuständigkeit unterliegenden Strafsache aber vor das Schwurgericht verwiesen sind." Es wird dort hierfür geltend gemacht, daß „der verwickelte Gang des schwurgerichtlichen Verfahrens einen rechtskundigen Beistand des Angeschuldigten

erfordere.“ Im Einklange hiermit wurde in der Reichstagssitzung vom 29. Novbr. 1876 S. 475 Spalte 1 der Sten. Ber. vom Kommissarius des Bundesraths GORR. Hanauer als Grund für die Nothwendigkeit der Vertheidigung bei den Schwurgerichtssachen die Besonderheit des Verfahrens geltend gemacht. Da hiernach Uebereinstimmung der Faktoren der Gesetzgebung in Bezug auf die Schwurgerichte angenommen werden kann, jener Grund der Mot. auch Anerkennung verdient, und überdies der favor defensionis in Betracht kommt, erscheint es bedenklich, die Bestellung eines Vertheidigers in Fällen dieser Art zu unterlassen.

Zweifelhafter erscheint die Entscheidung der Frage in Bezug auf die vor dem Reichsgerichte zu verhandelnden Untersuchungen. Daß dieselbe zu verneinen sein würde, wenn der Abs. 1 des § in der Fassung des Entwurfs in die StPO. übergegangen wäre, wird kaum in Zweifel zu ziehen sein. Denn der Entwurf stellte durch die Worte: „In Sachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind“, den ersten Begriff als den engeren, dem zweiten als dem weiteren gegenüber, und gab sowohl hierdurch, als durch das erwähnte hinsichtlich der Schwurgerichte ausgesprochene — auf das reichsgerichtliche Verfahren nicht anwendbare — Motiv deutlich zu erkennen, daß er die Nothwendigkeit der Vertheidigung bei dem Reichsgericht auf solche Personen, welche der im § 136 Nr. 1 GVG. bezeichneten Verbrechen beschuldigt sind, beschränken, dieselbe dagegen bei schwurgerichtlichen Untersuchungen auch auf diejenigen ausdehnen wolle, welche lediglich wegen des Zusammenhangs ihrer Strafthat mit dem zur Zuständigkeit des Schwurgerichts gehörenden Verbrechen eines Anderen an letzteres verwiesen seien.

Die Justizkommission hat aber diese im Entwurf markirte Unterscheidung — allerdings nicht durch ausdrücklichen Beschluß, sondern im Wege der Redaktion — in Fortfall gebracht, und durch die von ihr gewählte, demnächst in das Gesetz übergegangene Fassung: „welche vor dem Reichsgerichte in erster Instanz oder vor dem Schwurgerichte zu verhandeln sind“, beide Fälle gleichgestellt. Bei dieser Redaktion des Gesetzes müßte es für eine Willkür gelten, wenn gleichwohl in der fraglichen Beziehung zwischen reichsgerichtlichen und schwurgerichtlichen Untersuchungen in der Weise unterschieden würde, daß bei

ersterem die Zuordnung eines Vertheidigers für entbehrlich, bei letzterem für nothwendig erachtet würde. Das Gesetz bietet zu einer solchen Unterscheidung keinen Anhalt dar. Die Meinung Derer, welche die Bestellung eines Vertheidigers in Fällen der hier in Rede stehenden Art auch im Verfahren vor dem Reichsgericht für erforderlich halten, scheint daher den Vorzug zu verdienen.

Anders, wie bei jenen beiden Gerichten, wird die Frage bei dem im Abs. 2 des § 140 behandelten Landgericht, also in dem Falle beantwortet werden müssen, wenn der wegen einer zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörigen Uebertretung Angeklagte mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in welchem dieselbe mit dem von einem Anderen verübten Vergehen oder Verbrechen steht, vor das Landgericht verwiesen wird. Daß auch hier dem der Uebertretung Beschuldigten, wie von Schwarze in der Note 2a a. a. O. und Thilo S. 145. 6 meinen, ein Vertheidiger von Amtswegen zuzuordnen sei, wird sich so wenig aus dem § 5 StPO., als aus den mehrerwähnten Worten: „In Sachen, welche — zu verhandeln sind", herleiten lassen. Denn der Abs. 2 findet die Veranlassung zur Bestellung eines Vertheidigers theils in persönlichen Eigenschaften des Angeschuldigten, theils in dessen, bzhw. seines Vertreters, Verlangen. Dies erwogen, fehlte es aber dem Gesetz an jedem Grunde, auch einem solchen, wegen einer Uebertretung auf Grund der Konnexität vor das Landgericht verwiesenen Angeschuldigten einen Vertheidiger von Amtswegen zuzuordnen, der mit den körperlichen Mängeln des Ersteren nicht behaftet ist, auch nicht das Bedürfniß fühlt, von einem Rechtskundigen vertheidigt zu werden. Um auch auf diesen die Vorschrift des § 140 anzuwenden, hätte es daher eines ausdrücklichen Ausspruchs des Gesetzes bedurft. Die von von Schwarze in der erwähnten Note in Bezug genommenen Verhandlungen der Justizkomm. S. 871 folg. bzhw. 475 folg. berühren die hier vorliegende Frage nicht.

VI. Anwendbarkeit der Vorschrift des § 147 Abs. 2 StPO. auf das Vorbereitungs-Verfahren im Gegensatze zur Voruntersuchung.

Darüber, daß die Worte des § 147 Abs. 1: „Der Vertheidiger ist — bei dem Gerichte zur Einsicht der dem Gericht vorliegenden

Akten befugt", auch die Akten der Staatsanwaltschaft umfassen, soweit sie als Theile der Untersuchungsakten dem Gerichte übergeben sind, waltet in den Kommentaren Streit nicht ob. (Dochow S. 87 Note 11, Keller S. 144. 2, von Holtzendorff 410 Abs. 4, Löwe 461 Nr. 4, von Schwarze 286. 6, Thilo 153. 5, Voitus 169. 1.) Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch, daß die Worte des Entwurfs (§ 130) „zur Einsicht der Untersuchungsakten" nach Ausweis der Prot. der Justizkomm. S. 511, 516 in der Weise, wie aus dem § 147 ersichtlich, geändert worden sind, nachdem Seitens des Regierungsvertreters erklärt worden war, daß der Entwurf unter den „Untersuchungs-Akten" die dem Gerichte vorliegenden Akten verstehe, und daß, soweit die staatsanwaltschaftlichen Akten dem Gerichte vorlägen, sie zu den Untersuchungsakten gehörten.

Dagegen weichen die Ansichten bei der Auslegung der Worte des zweiten Absatzes „Schon vor diesem Zeitpunkt ist ihm die Einsicht der gerichtlichen Untersuchungsakten" u. s. w. darüber von einander ab, ob sich diese letzten Worte auch auf die Akten des Vorverfahrens, im Gegensatze zur Voruntersuchung beziehen.

Für die Bejahung dieser Frage spricht sich am bestimmtesten Löwe aus. Er sagt S. 461. 5:

> „Die Bestimmung des Abs. 2 ist auch auf das Vorbereitungsverfahren zu beziehen. Zwar giebt es in diesem „gerichtliche Untersuchungsakten eigentlich nicht, da selbst die gerichtlich aufgenommenen Protokolle (§§ 160, 163, 164) Bestandtheile der Akten der Staatsanwaltschaft werden; vergl. § 160 Note 6. Da indeß Abs. 3 zweifellos schon im Vorbereitungsverfahren gelten soll (vergl. § 167 Abs. 2), so wäre es inkonsequent, die Anwendbarkeit des Abs. 2 auf die Voruntersuchung beschränken zu wollen." — Anscheinend stimmt

Thilo's Ansicht hiermit überein. Er sagt S. 153. 6:

> „Der zweite Absatz bezieht sich auf das ganze Vorverfahren, nicht bloß die Voruntersuchung. Auch hier ist die Gestaltung der Einsicht der gerichtlichen Untersuchungsakten die Regel und die Verweigerung nur insoweit, d. h. nur in Bezug auf diejenigen Verhandlungen, nachgelassen, bei denen eine Gefährdung des Untersuchungszweckes durch die Einsicht zu befürchten ist." — Dagegen bemerkt

Keller S. 144. 3. „Absatz 2 bezieht sich auf die Voruntersuchung. Die vor Erhebung der öffentlichen Klage im vorbereitenden Verfahren entstandenen Akten sind keine gerichtlichen Akten, sondern solche der Staatsanwaltschaft."

von Holtzendorff hält bei seinen Ausführungen S. 410 Abs. 4 die Absätze 1 u. 2 des § 147 nicht ausdrücklich auseinander. Aus seiner Bemerkung:

> „Nur die dem Gerichte vorliegenden Akten unterliegen an der Gerichtsstelle selbst nach dem Schlusse der Voruntersuchung, bzhw. nach Einreichung der Anklageschrift, der Einsicht des Vertheidigers, womit in der negativen Richtung ausgesprochen ist, daß die Vertheidigung keinen gesetzlichen Anspruch hat, die Akten der Staatsanwaltschaft oder der Polizeibehörde kennen zu lernen, soweit diese nicht etwa als s. g. Adhibenda den Gerichtsakten beigefügt sind."

scheint jedoch gefolgert werden zu dürfen, daß er vor dem Schlusse der Voruntersuchung, bzhw. der Einreichung der Anklageschrift, dem Vertheidiger einen Anspruch auf Einsicht der staatsanwaltschaftlichen Akten überhaupt nicht zugesteht, da, falls er eine solche Befugniß aus dem Abs. 2 hergeleitet hätte, er sich zweifellos hierüber ausgesprochen haben würde.

Dalcke S. 99. 1 und von Schwarze 286. 6 haben ihre Ansicht über die vorliegende Frage nicht mit völliger Präcision ausgesprochen.

Voitus sagt zu Abs. 2 S. 197. 2 im Widerspruche mit Löwe's Ansicht: „Auf die Akten der Staatsanwaltschaft, gleichviel, ob sie sich bereits bei den gerichtlichen Akten befinden oder nicht, wird bei Berücksichtigung der Verschiedenheit der Wortfassung im ersten und zweiten Satze diese Bestimmung um so weniger bezogen werden dürfen, als auch der Entwurf im zweiten — von der Justizkomm. abändernd redigirten — Satze die Worte „gerichtliche Untersuchungsakten" enthielt."

Daß die Frage von praktischer Bedeutung ist, kann nicht verkannt werden, da der Absatz 2 nicht in ähnlicher Fassung, wie der Abs. 4 das Ermessen entscheiden läßt, die Worte: „ist ihm zu gestatten" vielmehr dem Vertheidiger einen Anspruch auf Einsicht der Akten geben, sofern diese nicht nach dem auf pflichtmäßiger Prüfung

der Sachlage beruhenden Urtheil des betreffenden Beamten den Zweck der Untersuchung gefährdet.

Der von Löwe befürworteten weiteren Auslegung des Abs. 2 scheinen jedoch zunächst die Worte „gerichtliche Untersuchungsakten“ schon für sich allein auch ohne Heranziehung der abweichenden Fassung des Abs. 1 entgegenzustehen. Denn die auf Grund der §§ 160, 163 vom Amtsrichter im Vorverfahren aufgenommenen Untersuchungsverhandlungen, werden nach Keller's richtiger Bemerkung gar nicht — wie doch der Abs. 2 voraussetzt — „gerichtlichen Untersuchungsakten“ einverleibt, vielmehr (§ 161 Abs. 2, bzhw. § 165) der Staatsanwaltschaft übersendet, bilden also einen Theil der Akten der letzteren. Nach dem Wortsinne dürfen daher die Worte „gerichtliche Untersuchungsakten“ auf die Akten des Staatsanwalts nicht bezogen werden. Dies bezweifelt auch Löwe nicht; er bezeichnet vielmehr a. a. O. die Akten selbst als „Akten der Staatsanwaltschaft.“ Gegenüber jenen unzweideutigen Worten bedurfte es aber, um die Vorschrift gleichwohl auf die Akten der Staatsanwaltschaft zu beziehen, des Nachweises, daß der Zusammenhang, in welchem der § 147 Abs. 2 mit anderen die Vertheidigung betreffenden Vorschriften steht, nöthige, die Bestimmung des Abs. 2 auf jene Akten zu beziehen. Löwe's alleiniges Argument: „Da der Abs. 3 zweifellos schon im Vorbereitungsverfahren gelten solle (vergl. § 167 Abs. 2); so wäre es inkonsequent, die Anwendbarkeit des Abs. 2 auf die Voruntersuchung beschränken zu wollen“, wird die Anwendung der Worte „gerichtliche Untersuchungsakten“ auf die Akten der Staatsanwaltschaft nicht zu rechtfertigen vermögen, selbst wenn davon abgesehen wird, daß es bedenklich sein möchte, lediglich auf Grund einer bei entgegengesetzter Auslegung einer Vorschrift dem Gesetzgeber schuldzugebenden Inkonsequenz anzunehmen, daß dieser etwas anderes habe sagen wollen, als was er in präcisen Ausdrücken in der That gesagt hat. Denn zunächst findet die dem Wortsinne entsprechende Auffassung des Abs. 2 eine wesentliche Unterstützung in der Fassung des bezüglichen Passus des Abs. 1: „der dem Gerichte vorliegenden Akten.“ Hier sind die Worte des Entwurfs: „bei dem Gerichte zur Einsicht der Untersuchungsakten befugt“, in der Justizkomm. in der Weise, wie sich aus dem Abs. 1 des Gesetzes ergiebt, in der ausgesprochenen Absicht — im Einverständniß mit der Regierung — geändert, um klar zu stellen,

daß, soweit die staatsanwaltschaftlichen Akten dem Gerichte vorlägen, sie der Einsicht des Vertheidigers zugänglich seien. Der dieser Abänderung zum Grunde liegende Antrag des Abgeordneten Hauck S. 511 der Prot. betraf ausschließlich den Abs. 1; ein anderer weiter gehender Antrag: im Abs. 1 anstatt „Untersuchungsakten" zu setzen: „Akten des Vorverfahrens und des Hauptverfahrens" wurde zurückgezogen. S. 511, 513. In Uebereinstimmung hiermit sagt auch von Schwarze S. 286. 6 seines Kommentars: „die Kommission habe die Fassung des Abs. 1 an Stelle des Ausdrucks des Entwurfs: „Untersuchungsakten" beschlossen." Nun hätte es aber doch nahe gelegen, wenn auch der Abs. 2 auf die staatsanwaltschaftlichen Akten hätte Bezug haben sollen, auch hier die Worte des Entwurfs: „gerichtliche Untersuchungsakten" in ähnlicher Weise, wie im ersten Absatz geschehen, zu ändern. Es muß deshalb daraus, daß eine solche Aenderung in der Justizkomm. nicht beantragt, geschweige denn beschlossen worden, vielmehr nur die Worte des Entwurfs: „zu gestatten, falls dies" verwandelt sind in: „soweit zu gestatten, als dies" (S. 514 unten) gefolgert werden, daß eine Ausdehnung, wie sie dem Abs. 1 gegeben worden, im Betreff des Abs. 2 nicht beabsichtigt worden ist. Zu einer solchen Abweichung des zweiten Absatzes von dem ersten lag auch im Hinblick auf den wesentlichen Unterschied zwischen dem Stadium der Untersuchung nach dem Schlusse der Voruntersuchung, bzhw. der Einreichung der Anklageschrift, und vorher ausreichender Grund vor.

Aber selbst ohne diesen aus den Verhandlungen der Justizkomm. für die Auslegung des Abs. 2 herzunehmenden Anhalt würde es sich nach den Regeln der Gesetz-Interpretation nicht rechtfertigen lassen, die Worte desselben „gerichtliche Untersuchungsakten" für gleichbedeutend mit denen des Abs. 1 „dem Gerichte vorliegenden Akten" zu nehmen, da der letztere Begriff unverkennbar ein weiterer ist, als der erste.

Endlich findet aber auch Löwe's Voraussetzung, daß sich der Abs. 3 zweifellos auch auf das Vorbereitungsverfahren (im Gegensatz zur Voruntersuchung — wie dies die Schlußworte seiner Note 5 a. a. O. ergeben —) beziehe, in der Entstehungsgeschichte dieses Absatzes keine Unterstützung. Denn in dem der Aufnahme desselben zum Grunde liegenden Antrage der Abgeordn. Dr. Grimm und Dr. Wolffson (S. 514 Nr. 6) schloß sich der Satz: „Die Einsicht der Protokolle über die Vernehmung des Angeschuldigten — verweigert werden", un-

mittelbar, ohne, wie jetzt im Gesetz, einen besonderen Satz zu bilden, an den von richterlichen Untersuchungsakten sprechenden Satz: „Schon vor diesem Zeitpunkte — geschehen kann“ an, wodurch deutlich zu erkennen gegeben war, daß das von der Einsicht der Protokolle Gesagte sich nur auf die gerichtlichen Untersuchungsakten beziehen solle. In Uebereinstimmung hiermit sprach auch Dr. Wolffson bei der Vertheidigung jenes Antrages — ohne zwischen dem ersten und dem zweiten Theile desselben zu unterscheiden, und ohne des Vorverfahrens zu erwähnen — überall nur von der Voruntersuchung. In jener engen Verbindung beider Sätze hat die Justizkomm. den Antrag angenommen; erst die Redaktions-Kommission hat („Zusammenstellung des Entwurfs ꝛc. in erster Lesung“ S. 61) — jedenfalls ohne die Absicht, ihren Sinn zu ändern — die Trennung der Sätze vorgenommen. Wird aber auf Grund dieser Geschichte der Entstehung des Abs. 3 die Voraussetzung unbedingter Beziehbarkeit desselben auch auf das Vorbereitungsverfahren für nicht zutreffend angenommen, so beseitigt sich damit zugleich die von Löwe daran geknüpfte Folgerung.

VII. Legitimation des im § 322 StPO. bezeichneten „Vertheidigers“ bzhw. „Vertreters“.

Bei der Auslegung des § 322 der StPO. weichen die in den bisher erschienenen Kommentaren niedergelegten Ansichten in drei Beziehungen von einander ab. Erstens im Betreff der Frage, ob der im ersten Satze erwähnte Vertheidiger einer schriftlichen Vollmacht bedürfe; zweitens, ob der im zweiten Satze gedachte Angehörige, um als Vertreter des Angeklagten zugelassen zu werden, eine hierauf gerichtete Vollmacht beizubringen habe; drittens hinsichtlich des Begriffs: Angehörige.

Die Geschichte der Entstehung des § bietet für keine dieser Streitfragen einen Anhalt zu ihrer Entscheidung dar. Der den Verhandlungen der Justizkomm. zum Grunde liegende Regierungs-Entwurf kannte ein Kontumazial-Verfahren gegen einen abwesenden Angeklagten überhaupt nicht, erklärte vielmehr in seinem § 273:

> Gegen einen Abwesenden findet eine Hauptverhandlung und Urtheilsfällung nicht statt. Ein gegen einen Abwesenden ein-

geleitetes Verfahren hat nur die Aufgabe, für den Fall seiner künftigen Gestellung die Beweise zu sichern.

Hieran schlossen sich die Vorschriften über das zu beobachtende Verfahren.

In der Justizkomm. erfuhren diese Bestimmungen mit Ausnahme einzelner später wieder in Wegfall gebrachter Modifikationen, bei erster Lesung keine Aenderung. Prot. S. 486.

Bei zweiter Lesung wurde, das Prinzip des Entwurfs verlassend, die Aufnahme einer Vorschrift (als § 272a) beantragt, mit welcher der § 319 der StPO., abgesehen von unwesentlicher Redaktions-Veränderung, übereinstimmt. Prot. S. 1079. 1089. Im Anschluß an diesen § schlug der Antragsteller in sechs weiteren §§ (272b bis g S. 1080) Vorschriften zur Regelung des neu eingeführten Kontumazial-Verfahrens vor, unter denen der § 272d wörtlich mit dem hier in Rede stehenden § 322 übereinstimmt. Dieses § 272d geschah so wenig bei der Motivirung der sieben §§ durch den Antragsteller (S. 1086 — Art. 3 —) als bei der Berathung derselben Erwähnung. Ueberhaupt beschränkten sich die der unveränderten Annahme des gesammten Antrags vorangegangenen Erklärungen auf die Bemerkung eines Abgeordneten: „Der Antrag setzt für geringfügige Sachen einen äußerst weitschweifigen Apparat in Bewegung" (S. 1087), und auf die Aeußerung eines Regierungsvertreters, daß er gegen den Antrag keine anderweiten Bedenken habe, als daß derselbe, abweichend von dem Entwurfe, ein Kontumazial-Verfahren schaffe (S. 1088). Im Reichstage selbst (Sitzung v. 1. December 1876 S. 528) sind die betreffenden §§ — welche in der Zusammenstellung der Justizkomm. die Nrn. 273a—h erhalten hatten — unangefochten zur Annahme gelangt.

Hiernach ist man bei der Auslegung des § 322 lediglich auf seinen Inhalt verwiesen.

Die Kommentare haben die Zweifel, welche die Wortfassung desselben angeregt hat, nicht behoben.

Bei der Prüfung, welcher Ansicht bezüglich der beiden ersten Fragen der Vorzug gebühre, sind die beiden Sätze des § in ihrer Verbindung zu beurtheilen. Die Fassung des zweiten erleichtert das Verständniß des ersten. Es empfiehlt sich deshalb, diesen vorweg ins Auge zu fassen.

I. In Bezug auf diesen zweiten Satz, insbesondere die Bedeutung des Wortes „vertreten", weichen die Ansichten der Kommentatoren von einander ab.

Löwe (S. 719 Nr. 1) sagt:

„Da es unzulässig erscheinen muß, Geständnisse einer von dem Angeklagten nicht ausdrücklich bevollmächtigten Person als von dem ersten selbst abgegeben, zu behandeln, so kann von einer wirklichen Vertretung auch hier nur dann die Rede sein, wenn ein Angehöriger des Angeklagten oder eine andere Person mit einer ausdrücklich auf die Vertretung lautenden schriftlichen Vollmacht des Angeklagten erscheint; vergl. § 233 Nr. 4, 6 das. Mangels einer solchen Vollmacht kann derjenige, der die Rechte des Angeklagten wahrnehmen will, auch wenn er ein Angehöriger desselben ist, immer nur zur Vertheidigung, nicht zur Vertretung zugelassen werden."

von Schwarze S. 482 Nr. 2:

„Dem Angehörigen steht ein mandatum praesumtum zur Seite. Aus ihm folgt jedoch nicht, daß der Angeklagte durch seine in der Sache abgegebenen Erklärungen den Abwesenden binde und letzterer die Geständnisse des ersteren gegen sich gelten lassen müsse. Denn das Gesetz unterscheidet zwischen „sich vertreten lassen" (vergl. z. B. §§ 233, 390, 427 und oben S. 277 und 392) und „vertreten"; im ersten Falle liegt ein Auftrag des Angeschuldigten vor, im letzten Falle tritt der Vertreter nur in Folge seiner persönlichen Beziehung zu dem Angeschuldigten für letzteren ohne dessen Auftrag und gleichsam als negotiorum gestor ein. (Vergl. noch § 474, woselbst ebenfalls das Verfahren gegen einen Abwesenden in Frage ist.") Dagegen sagen

Dochow S. 223. 2: Als Vertreter des letzteren (Angeklagten) sind auch Angehörige zuzulassen, ohne daß sie einer Vollmacht bedürfen.

Thilo S. 384 Nr. 4: „Die Angehörigen bedürfen zur Vertretung keiner Vollmacht; doch müssen sie das betreffende Verhältniß dem Richter glaubhaft nachweisen." Hiermit übereinstimmend

Voitus S. 320 Nr. 2: „Da die „Vertretung" zur Folge hat, daß alle von dem Vertreter abgegebenen Erklärungen, einschließlich der

Geständnisse, von gleicher Wirkung sind, als wären sie von dem Angeklagten selbst abgegeben, so wird sich der Angehörige als solcher glaubhaft auszuweisen haben."

Darüber, daß der Ausdruck „Vertreter", in Uebereinstimmung mit der allgemeinen juristischen Terminologie, auch in der StPO. bedeutet, daß Erklärungen und Anträge des Vertreters, gleichviel ob sie dem Angeklagten günstig oder nachtheilig sind, so behandelt werden müssen, als wären sie von dem Letzteren selbst abgegeben, waltet Meinungsverschiedenheit nicht ob. Die Mot. S. 133 Abs. 4, und übereinstimmend mit ihnen von Schwarze S. 277, Löwe S. 600 Nr. 4, Thilo S. 266 Nr. 2 sprechen es ausdrücklich aus; auch lassen die §§ 464 Abs. 2 und 467, sowie auch die §§ 233, 390, 451, 457, 478 darüber keinen Zweifel. Daß das Wort „Vertreter" im § 322 in einem anderen Sinne gebraucht sei, ist im Gesetz nirgend angedeutet; im Gegentheil wird daraus, daß in dem demselben Abschnitt angehörenden § 328 die „Zulassung eines Vertheidigers" gestattet worden, gefolgert werden müssen, daß im § 322 der Ausdruck „Vertreter" mit Absicht im Gegensatze zu „Vertheidiger" gewählt ist. Da nun ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Angehörige einer Vollmacht nicht bedürfe, so führt, von jener Auffassung des Wortes „Vertreter" ausgegangen, der Wortsinn des Satzes zu der Auslegung: daß Angehörige des Angeklagten in Vertretung desselben, ohne Vollmacht zu bedürfen, für ihn rechtsverbindliche Erklärungen abgeben und Anträge stellen können.

Diese Argumentation dürfte auch in Löwe's und v. Schwarze's Ausführungen eine Widerlegung nicht finden. Ersterer geht davon aus, daß, weil es unzulässig erscheinen müsse, Geständnisse einer von dem Angeklagten nicht ausdrücklich bevollmächtigten Person als von dem ersteren selbst abgegeben zu behandeln, von einer wirklichen Vertretung auch hier nur dann die Rede sein könne, wenn ein Angehöriger des Angeklagten „oder eine andere Person" mit einer ausdrücklich auf die Vertretung lautenden, schriftlichen Vollmacht des Angeklagten erscheine; ohne eine solche sei er nur Vertheidiger. Hierin dürfte aber eine petitio principii liegen; denn, ob ein Angehöriger ohne Vollmacht als Vertreter auftreten kann, oder nicht, soll ja eben aus dem, was der § darüber enthält, bewiesen werden, und wenn die Prüfung seines Inhalts nach den Regeln der

Gesetzauslegung zur Bejahung der ersten Alternative nöthigt, so i dagegen mit dem Satze, daß eine solche Bestimmung „unzulässig sei“ nicht anzukämpfen. Auf den Nachweis, daß die Fassung des Abs. 2 des § seinen obigen Satz rechtfertige, ist aber Löwe nicht eingegangen; sein Fehlgriff dürfte darin liegen, daß er durch die Worte „den Angehörigen des Angeklagten oder eine andere Person“ Beide gleichstellt, während das Gesetz gerade darin, daß der zweite Satz von einem Angehörigen handelt, während der Person, von welcher der erste Satz spricht, diese Eigenschaft nicht beiwohnt, den Unterschied herausstellt, und in der Qualität Jenes als Angehörigen die ratio für die Erläßlichkeit einer Vollmacht zu finden scheint. In der That dürfte auch die Gefahr, welche sich für den Angeklagten an seine Vertretung durch einen aus eigenem Antriebe für ihn auftretenden nahen Angehörigen knüpft, nicht von erheblichem Gewicht sein. Zunächst durfte das Gesetz davon ausgehen, daß ein solcher Angehöriger die Vertheidigung des Angeklagten bezwecken und dem entsprechend seine Erklärungen abgeben werde. Nächstdem kommt aber in Betracht, daß das erkennende Gericht so wenig in einem solchen Falle, als, wenn der Vertreter mit Vollmacht versehen ist, an die Erklärungen desselben in seine Entscheidung gebunden, vielmehr in beiden Fällen verpflichtet ist, den inneren Werth derselben, gegenüber den Ergebnissen der stattgehabten Beweisaufnahme oder der sonstigen Sachlage objektiv zu prüfen und sie geeigneten Falls unberücksichtigt zu lassen.

von Schwarze bemerkt vorweg: „Aus dem dem Angehörigen zur Seite stehenden mandatum praesumtum folge nicht, daß derselbe durch seine Erklärungen den Abwesenden binde und letzterer die Geständnisse desselben gegen sich gelten lassen müsse.“ Dies könnte zutreffen, wenn das Gesetz sich auf den Ausspruch beschränkt hätte, daß dem in der Hauptverhandlung für den Angeklagten auftretenden Angehörigen vermuthete Vollmacht zur Seite stehe. Dasselbe hat aber für den hier vorliegenden Fall den Umfang der mit einem solchen mandatum praesumtum verbundenen Rechte dadurch, daß es den Angehörigen als „Vertreter“ bezeichnet, besonders festgestellt. v. Schwarze meint zwar (s. oben): das Gesetz unterscheide zwischen „sich vertreten lassen“ und „vertreten“ (werden). Er läßt aber jeden Hinweis auf eine Gesetzstelle vermissen, in welcher auf einen Unterschied zwischen

der Bedeutung des Wortes „vertreten" in der Fassung: „sich vertreten lassen" und „vertreten werden" hingedeutet wäre. Mangels eines solchen Nachweises wird die Wahl des Ausdrucks „Vertreter", welcher, wie oben bemerkt, nach der Terminologie der StPO. einen in sich abgeschlossenen Rechtsbegriff darstellt, für entscheidend zu erachten sein. Da ferner von Schwarze nicht behauptet, daß der „Vertreter" des § 322 Abs. 2 nichts anderes sei, als ein „Vertheidiger" im Sinne des § 328, so müßte folgerecht das Gesetz zwei Arten von „Vertreter" kennen, die eine nach der Fassung „sich vertreten lassen", die andere nach „vertreten werden". Hiervon ausgegangen, hätte es aber des Nachweises bedurft, worin sich denn nach der Terminologie der StPO. die eine Art bezüglich des Umfanges mit der Vertretung verbundenen Rechte von der anderen unterscheide. Zu einem solchen Nachweise bietet jedoch das Gesetz nirgend einen Anhalt dar. Endlich ist auch die Hinweisung von Schwarze's auf den § 474 zur Unterstützung seiner Ansicht nicht geeignet, da dieser § ein Mehreres nicht enthält, als: daß die Vorschrift des hier in Rede stehenden § 322 auch auf die Hauptverhandlung in dem Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, Anwendung finde.

Hiernach möchte die Ansicht den Vorzug verdienen, daß der Angehörige im Abs. 2 des § 322, obgleich er für einen Vertreter im Sinne der mehrerwähnten 7 §§ zu erachten sei, einer Vollmacht des Angekl. nicht bedürfe.

II. In gleicher Weise, wie hinsichtlich der zweiten Streitfrage, stehen sich die Ansichten der Kommentatoren auch im Betreff der ersten (Satz 1 des §) einander gegenüber.

Löwe a. a. O. Nr. 1 bezeichnet vorweg die Bestimmung des § vermöge des Umstandes, daß in Satz 1 der Ausdruck „Vertheidiger" in Satz 2 dagegen der Ausdruck „Vertreter" gebraucht sei, als eine unklare, und erklärt demnächst, nach Besprechung des zweiten Satzes, in Bezug auf den ersten Satz: „Der Vertheidiger als solcher aber bedarf, auch wenn er kein Angehöriger des Angeklagten ist, im Falle des § 322 einer Vollmacht nicht."

Dochow S. 223. 2: „Für den Angekl. kann in der Hauptverhandlung ein Vertheidiger auftreten. Hierzu bedarf der Vertheidiger keiner besonderen Vollmacht, was jedoch nothwendig wird, sobald es sich um eine Vertretung des Angekl. handelt."

von Schwarze a. a. O. Nr. 1: „Der Vertheidiger bedarf nicht einer schriftlichen Vollmacht.“

Dalcke bemerkt S. 200 Nr. 1: „Der Vertheidiger, welcher im Hauptverfahren auftritt, muß sich durch eine schriftliche Vollmacht legitimiren. § 233.“

Thilo a. a. O. Nr. 2. „Der für den Angekl. in der Hauptverhandlung auftretende Vertheidiger muß sich durch eine schriftliche Vollmacht legitimiren.“

Voitus S. 339 Nr. 1 hat sich gleichfalls, „da es an jedem Grunde zur Unterscheidung zwischen diesem Falle und dem des § 233 fehle, auch die Prot. der Justizkomm. auf eine solche Absicht nicht schließen lassen“, für das Erforderniß einer Vollmacht ausgesprochen.

Bei dieser Frage dürfte der Ansicht, daß der „Vertheidiger“ eine Vollmacht beizubringen habe, zuzustimmen sein.

Wie sich derselbe zu legitimiren haben würde, wenn sich seine Rechte und Pflichten auf die eines Vertheidigers im Sinne der §§ 137, 138, 328 beschränkten, er also nur die zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Thatumstände und Rechtsgründe geltend zu machen, die Angriffe der Anklage abzuwehren oder zu schwächen hätte, braucht hier dann nicht erörtert zu werden, wenn der Abs. 1 des § 322 dem „Vertheidiger“ eine hierüber hinausgehende Aufgabe zuweist, ihn ermächtigt, Erklärungen aller Art Namens des Angeklagten mit verbindlicher Kraft für denselben abzugeben, d. h. ihn zu vertreten. Dies scheint in der That die Absicht des Gesetzes gewesen zu sein.

Daß die StPO. den Ausdruck „Vertheidiger“ auch in diesem letzterwähnten Sinne braucht, ergeben nicht nur die bereits angeführten §§ 390, 451, 457, 478, sondern auch der dem § 322 völlig analoge § 233; überall heißt es dort: sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Vertheidiger vertreten lassen. Daß in den Fällen jener §§ die Auslassungen des Vertheidigers mit voller Wirksamkeit an Stelle des Angeklagten abgegeben werden, ist bei der Prüfung der zweiten Frage nachgewiesen.

Die Wahl des Ausdrucks „Vertheidiger“ allein schließt daher die Befugniß, den Angeklagten im Sinne der vorerwähnten fünf §§ zu vertreten, nicht aus, sofern nur die Absicht, dem Vertheidiger die

Stelle eines Vertreters anzuweisen, in anderer Weise vom Gesetz zum Ausdruck gebracht ist. Dies ist geschehen durch die Worte: „für den Angeklagten". Thilo hat deshalb mit Recht und vollkommen bezeichnend das Wort „für" mittelst Fettdruckes hervorgehoben. Dasselbe bedeutet — zumal bei Berücksichtigung der Abwesenheit des Angeklagten — „statt seiner", „in seiner Vertretung". Ließen aber auch die Worte „für den" hierüber noch Zweifel, so müßte die Fassung des zweiten Satzes dieselben beheben. Denn dadurch, daß dort das Anfangswort „Auch" unmittelbar vor dem Subject des Satzes: „Angehörige" steht, ist deutlich zu erkennen gegeben, daß eben dasselbe, was vorangehend von dem Subject des ersten Satzes: „Vertheidiger" gesagt worden, auch von den „Angehörigen" gelten solle. Hiervon ausgegangen, sind die Worte: „Auch Angehörige sind — als Vertreter zugelassen", dahin zu verstehen:

> In gleicher Weise, wie eine Vertretung nach dem ersten Satze durch einen Vertheidiger, sei sie nach dem zweiten Satze auch durch Angehörige zulässig, welche jedoch einer Vollmacht nicht bedürfen.

Hätten die Worte: „Auch Angehörige u. s. w." nicht in diesem Sinne verstanden werden, sondern besagen sollen: „Auch eine Vertretung — (im Gegensatze zu der im ersten Satze besprochenen bloßen Vertheidigung) — sei zulässig und zwar durch Angehörige, ohne daß diese einer Vollmacht bedürfen", so wäre die Satzbildung eine durchaus verfehlte; der Satz hätte dann lauten müssen: „Als Vertreter — sind Angehörige zuzulassen". Nur so wäre die Absicht, zwischen dem „Vertheidiger" des ersten, und dem „Vertreter" des zweiten Satzes in Bezug auf den Umfang ihrer Rechte und Pflichten zu unterscheiden, zum Ausdruck gekommen.

Eine solche Auslegung des § verbietet sich aber auch aus dem Grunde, weil, von ihr ausgegangen, eine Vertretung ausschließlich durch Angehörige, nicht aber durch einen mit darauf lautender Vollmacht versehenen Rechtsanwalt zulässig sein würde — eine Absicht, die, im Hinblick auf die oben erwähnten §§ 233, 390, 451, 457, 478, und beim Mangel jeder darauf hindeutenden Äußerung bei der Motivirung, beziehungsweise Berathung des § 322 in der Justiz-Komm., nicht unterstellt werden darf.

Wird aber der §, wie vorstehend befürwortet, dahin aufgefaßt,

daß im ersten wie im zweiten Satze eine Vertretung gemeint sei, so dürfte die Ansicht von Löwe und von Schwarze, daß der im ersten Satze aufgeführte „Vertheidiger" einer Vollmacht nicht bedürfe, hinfällig erscheinen; zunächst, weil es an jedem Grunde fehlen würde, hier den als Vertreter fungirenden Vertheidiger von der Beibringung einer schriftlichen Vollmacht zu entbinden, während das Gesetz in den Fällen der mehrerwähnten §§ 233 u. s. w. eine solche, völlig sachgemäß, erfordert; dann aber auch, weil durch die ausdrückliche Bestimmung des zweiten Abs., daß die Angehörigen einer Vollmacht nicht bedürfen, unzweideutig darauf hingewiesen ist, daß der Abs. 1, sofern der Vertheidiger zu den Angehörigen des Angekl. nicht gehöre, eine solche beizubringen habe.

III. Hinsichtlich der dritten, die Bedeutung des Ausdrucks „Angehörige" in Abs. 2 betreffenden Frage bemerkt Löwe S. 719 N. 2.

> Derselbe werde, da das Gesetz eine Begriffsbestimmung nicht gebe, im weitesten Sinne zu verstehen sein; die Vorschrift des StGB. § 52 könne hier nicht als maßgebend angesehen werden. Es seien sonach selbst solche Personen, welche in einem entfernten Grade mit dem Angekl. verwandt oder verschwägert seien, als Angehörige desselben zu betrachten.

Dalcke S. 200 Nr. 3. Thilo S. 384 Nr. 3 verweisen auf den § 52 StGB.; auch Voitus spricht sich S. 390 Nr. 2 in diesem Sinne aus.

Löwe's Ansicht muß in Verbindung mit seiner Ausführung, daß die „Angehörigen" einer Vollmacht bedürfen, aufgefaßt werden, und hat, von jener Ansicht ausgegangen, ihre volle Berechtigung. Wird dagegen eine Vollmacht von dem Angehörigen nicht erfordert und gleichwohl demselben das Recht voller Vertretung des Angekl. zugestanden, so scheint die engere Auslegung des Ausdrucks „Angehörige", Mangels einer Definition desselben in der StPO., den Vorzug zu verdienen, da es, von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, dem Gericht an jedem Anhalt für die Begrenzung des Kreises derjenigen Personen, denen das Recht, als Vertreter des Angekl. aufzutreten gebühre, fehlen würde.

VIII. Dürfen die Schlußvorträge in der Hauptverhandlung nur von Einem der mehreren Vertheidiger gehalten werden? §§ 226, 257 Abs. 1. StPO.

Daß die Vorschrift des § 226 StPO., nach welcher mehrere Vertheidiger in der Hauptverhandlung mitwirken und ihre Verrichtungen unter sich theilen können," auch den Fall umfaßt, wenn mehrere vom Angeklagten selbst gewählte Vertheidiger (vergl. § 137 Abs. 2) in der Hauptverhandlung auftreten, ist unter den Kommentatoren nicht streitig. Nur darüber weichen ihre Ansichten von einander ab, ob die Schlußvorträge nur von Einem derselben gehalten werden dürfen. Diese Frage wird bejaht von

von Schwarze bei Besprechung des § 246 StPO. S. 285 Nr. 3, wo er sagt:

„Das Gericht kann verfügen, daß ihm einer der Vertheidiger bezeichnet werde, an welchen es die vorgeschriebenen Ladungen u. s. w. erläßt. Es gilt hier ferner der, in einigen Gesetzen ausdrücklich ausgesprochene Satz: „— jedoch dergestalt, daß bei der mündlichen Verhandlung die einzelnen Schlußvorträge nur von je einem derselben gehalten werden dürfen." Dagegen bemerkt

Löwe S. 591. 3:

„Wenngleich das Gesetz von einer Theilung der Verrichtungen spricht, so wird doch der Regel nach, auch wenn es sich nur um eine That desselben Angeklagten handelt, jedem Vertheidiger ein Schlußvortrag (§ 257 Abs. 1) und ebenso die Entgegnung auf die Erwiderung (Replik) der Staatsanwaltschaft (Abs. 2) zu gestatten sein. Eine Beschränkung in dieser Beziehung ist jedenfalls da unstatthaft, wo nur der eine Vertheidiger vom Angeklagten selbst, der andere von dem gesetzlichen Vertreter desselben gewählt ist." — Noch bestimmter spricht sich in diesem Sinne

von Holtzendorff aus. S. 408 des „Handbuchs" sagt er:

„Unbegründet erscheint die von von Schwarze vertretene Ansicht, wonach das Gericht anordnen dürfe, daß bei einer Mehrheit der Vertheidigung die einzelnen Schlußvorträge nur

von einem der Vertheidiger gehalten werden.“ In einer Note fügt er hinzu: „Dabei dürfte von Schwarze die Bestimmung der Oesterreichschen StPO. (§ 40 Abs. 2) als maßgebend, auch ohne ausdrückliche Gesetzbestimmung erschienen sein, insofern als danach eine Vermehrung der für den Angeklagten in der Hauptverhandlung gestatteten Vorträge nicht herbeigeführt werden darf.“

Daß in dem von Löwe hervorgehobenen Falle des § 137 Abs. 2 jedem Vertheidiger auch in der hier in Rede stehenden Beziehung gleiche Rechte zustehen, wird nicht zu bezweifeln sein. Von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, würde der auch in den Mot. S. 83 angedeutete Zweck des Gesetzes: Dem Vertreter des Beschuldigten, unabhängig von dessen Willen, einen Vertheidiger zu wählen, nur unvollständig erreicht werden.

Aber auch, wenn die mehreren Vertheidiger vom Angekl. selbst gewählt sind, wird die Befugniß, die in den §§ 257, 314 bezeichneten Vorträge zu halten, an sich — also abgesehen von dem hier nicht zu erörternden Falle mißbräuchlicher Ausübung derselben — nicht zu beschränken sein.

Daß eine gesetzliche Bestimmung dem Gericht das Recht hierzu gebe, behauptet von Schwarze nicht. Es wird sich ein solches auch nicht aus den Worten des § 226: „ihre Verrichtungen unter sich theilen“ herleiten lassen. Denn dieselben sind, völlig ungezwungen, auch auf den Fall anwendbar, wenn beispielsweise der eine Vertheidiger die Thatfrage, der andere die Gesetzanwendung oder die technischen Fragen (unrichtige Buchführung, Münzwesen und dergl.) zum Gegenstande seines Schlußvortrages macht. Ohne eine die in Rede stehende Beschränkung anordnende gesetzliche Vorschrift würde sich dieselbe aber nur dann rechtfertigen lassen, wenn nahe liegende Gründe dafür sprächen, daß das Gesetz auch ohne ausdrücklichen Ausspruch beabsichtigt habe, das Recht der erwähnten Schlußvorträge nur einem der mehreren Vertheidiger einzuräumen.

An solchen Gründen dürfte es aber nicht nur fehlen, sondern es ist auch zu besorgen, daß durch eine derartige Beschränkung der Vertheidigung das Interesse des Angekl. in wichtigen, verwickelten und der richterlichen Beurtheilung vielseitig Schwierigkeiten darbietenden Untersuchungen — und nur in solchen pflegt der Angekl. sich behufs

seiner Vertheidigung an mehrere Rechts- bzhw. Sachkundige zu wenden — gefährdet werden würde, da es in solchen Fällen, mit Rücksicht auf die besondere Befähigung der einzelnen Vertheidiger, geboten erscheinen kann, dem Einen diesen, dem Anderen jenen Theil der Gegenstände der Schlußvorträge zu überweisen. Aber auch abgesehen von Fällen dieser Art kann es sich ereignen, daß nach Beendigung des Schlußvortrages desjenigen Defensors, welchem derselbe durch Vereinbarung überwiesen worden, ein anderer für nöthig hält, wichtige von Jenem übergangene Defensional-Punkte seinerseits dem Gerichtshofe, bzhw. den Geschworenen nachträglich zur Berücksichtigung zu empfehlen — eine Pflicht, an deren Erfüllung er, von der Ansicht von Schwarze's ausgegangen, verhindert sein würde.

Ferner wird sich für die Meinung von Holtzendorff's und Löwe's geltend machen lassen, daß, wenn es für zulässig erachtet würde, den mehreren Vertheidigern in Bezug auf die Schlußvorträge Beschränkungen aufzulegen, solche mit mindestens gleichem Rechte auch in anderen Beziehungen, z. B. bei der Stellung von Anträgen (§§ 227, 243 Abs. 3. 245 Abs. 4. 291, 297) ferner, zur Vereinfachung des Verfahrens, beim Kreuzverhör und Aehnlichem statthaft erscheinen müßten. Hiervon ausgegangen, würde es aber an jeder Grenze bezüglich der Befugniß des Gerichts zu Beschränkungen der mehreren Vertheidiger in ihren Funktionen fehlen, was für die Letzteren eine die Erfüllung ihrer Verpflichtungen wesentlich erschwerende Unsicherheit hinsichtlich dessen, was ihnen erlaubt und nicht erlaubt sei, zur Folge haben würde.

Hiernach, und da auch aus den Verhandlungen der Just.-Komm., welche den § 226 (190 des Entw.) ohne Debatte annahm, (S. 343, 945 der Prot.) zur Unterstützung der Ansicht von Schwarze's nichts herzunehmen ist, wird der gegnerischen Meinung der Vorzug zu geben sein.

Schließlich mag in Veranlassung der oben erwähnten Note von Holtzendorff's bemerkt werden, daß es auch nach der österreichischen StPO. vom 23. Mai 1873 bedenklich sein würde, die mehreren Vertheidiger in der vorstehend besprochenen Beziehung zu beschränken. Der Entwurf lautete in dem — mit dem § 40 der StPO. korrespondirenden — § 41 Abs. 2 nach Dr. Sal. Mayer's Handbuch des österreichischen Strafprozeßrechtes B. I, S. 394 allerdings dahin:

„Dem Angeschuldigten ist auch gestattet, mehrere Vertheidiger beizuziehen, doch dürfen die einzelnen Vorträge immer nur von je einem derselben gehalten werden.“ In dem § 40 der StPO. hat aber diese letztere Bestimmung die ungleich allgemeinere und unbestimmtere Fassung erhalten: „Doch darf hierdurch eine Vermehrung der für den Angekl. in der Hauptverhandlung gestatteten Vorträge nicht herbeigeführt werden.“ Daß aus diesen Worten nicht herzuleiten sei, die Schlußvorträge dürften nur von einem der Vertheidiger gehalten werden, nimmt auch Sal. Mayer an, indem er in seinem „Commentar“ S. 156 Nr. 21 sagt: Es werde über denselben Gegenstand bei Beantwortung desselben Vortrages der Staatsanwaltschaft nur einer der Vertheidiger sprechen dürfen; allein es stehe den Vertheidigern frei, sich in die Widerlegung der verschiedenen Anklagepunkte zu theilen, oder auch die Vertheilung in der Art vorzunehmen, daß einer derselben den ersten Vortrag des Staatsanwalts beantworte, ein anderer die Duplik übernehme. Es werde jedoch auch so geschehen können, daß einer der Vertheidiger den ersten Vortrag z. B. über die Schuldfrage bei Geschworenen und ein anderer den zweiten Vortrag z. B. über die Straffrage halten könne.

Schreiben des Verfassers an den Königl. Sächsischen General-Staatsanwalt Herrn Dr. von Schwarze.

Hochverehrter Herr General-Staatsanwalt!

Als Sie mir in Ihrem geehrten Schreiben vom 13. December 1877 mittheilten, daß Sie Sich bei der Bearbeitung des letzten Theils Ihres Kommentars zur Strafproceßordnung auch dem Studium meines Ihnen übersandten Kommentars unterzogen hätten, mit den darin ausgesprochenen Ansichten aber vielfach nicht einverstanden seien, äußerten Sie zugleich den Wunsch, mein Urtheil über Ihre Einwendungen zu hören, und stellten mir zu diesem Zwecke die Zusendung der Aushängebogen Ihres Buches in Aussicht, welche ich demnächst auch vom 30. Bogen ab erhalten habe. Zu meinem Bedauern mußte ich mich damals außer Stande erklären, jener Aufforderung nachzukommen, da langwieriges schweres Leiden in meiner Familie meine Arbeitskraft lähmte, und überdies die mir zu derartigen Geschäften verbleibende Zeit — wie ich Ihnen auch mittheilte — durch eine, wenn auch an sich unbedeutende, so doch zeitraubende literarische Arbeit in Anspruch genommen wurde.

Nachdem inzwischen beide Hindernisse behoben sind, und ich mir Ihren Kommentar verschafft habe, säume ich nicht, Ihrem Wunsche zu entsprechen.

Die allerdings vielfach hervortretende Abweichung Ihrer Ansichten über die Auslegung von Vorschriften der neuen Justizgesetze von den meinigen hat, dünkt mich, ihren Grund vorzugsweise darin, daß die Principien, von denen Sie Sich haben leiten lassen, von den meinerseits befolgten wesentlich verschieden sind. Ich halte an dem — in früherer Zeit für unantastbar erachteten, neuerdings von einigen Rechts-

gelehrten verlassenen — Grundsatze fest, daß die Gesetze aus sich selbst, also zunächst nach dem Wortsinne der Vorschrift, um deren Auslegung es sich handelt, in Verbindung mit den im Zusammenhange mit ihr stehenden Bestimmungen anderer §§ auszulegen seien. Ich gehe hierbei davon aus, daß, wie bei jedem der Schriftsprache Kundigen, so auch bei dem Gesetzgeber vorauszusetzen sei, daß er das, was er nach seinen Worten, dem Sprachgebrauche und den Regeln der Grammatik gemäß gesagt hat, auch habe sagen wollen, daß es daher, um einer Vorschrift einem anderen, als den nach diesem Grundsatze sich ergebenden Sinn beizulegen, eines bestimmten, aus anderen Vorschriften des Gesetzes zu entnehmenden Anhalts bedürfe, welcher die Ueberzeugung gewähre, daß der Wortsinn der Absicht des Gesetzes nicht entspreche.

Von diesem Interpretationsgrundsatze geleitet, nehme ich an, daß den in der Reichs-Justizkommission von einzelnen Mitgliedern geäußerten — gleichviel, ob unangefochten gebliebenen, oder bekämpften — Ansichten, sowie den von der Kommission ausdrücklich in Bezug auf die Auslegung von §§ gefaßten Beschlüssen, selbst wenn diese Widerspruch Seitens der Kommissarien der Regierungen nicht gefunden haben, ein entscheidendes Gewicht nicht, vielmehr lediglich die Bedeutung eines Hülfsmittels bei der Auslegung einer zweifelhaften Vorschrift beizulegen sei.

Sie, verehrter Herr General-Staatsanwalt, haben Sich in Ihrem Kommentar über den Einfluß, den Sie den Kommissions-Protokollen bei der Auslegung der beiden Gesetze einräumen, zu meinem Bedauern nicht direkt ausgesprochen, Sich vielmehr S. XXIV auf die Bemerkung beschränkt: „es könne auf die allgemeinen Grundsätze über den Werth parlamentarischer Berathungen verwiesen werden.“ Allein zunächst möchten solche als allgemein giltig anerkannte Grundsätze schwerlich nachzuweisen sein. Wären sie aber auch als feststehend zu erweisen, so könnte doch der Ausdruck „parlamentarische Berathungen“ nur auf die Verhandlungen im Reichstage selbst, nicht aber auf die Besprechungen und Beschlüsse einer „mit der Vorberathung der Regierungs-Entwürfe beauftragten“, nach dem Ausspruche des Bevollmächtigten zum Bundesrathe, Preußischen Justizministers Dr. Leonhardt, „in ihrer ganzen Konstruction auf Anomalie beruhenden“ Kommission Anwendung finden (Stenogr. Berichte des Reichstags

von 1874 S. 363, von 1876 S. 14). Ausdrückliche Aeußerungen Ihrer Ansicht über die den Verhandlungen dieser Kommission hinsichtlich der Auslegung der erwähnten Gesetze beizulegenden Bedeutung werden daher ohne Zweifel vielseitig vermißt werden.

Beim Mangel solcher ausdrücklicher Erklärungen muß ich mich hier auf eine Beleuchtung derjenigen Ausführung beschränken, durch die Sie den in der Einleitung zu meinem Kommentar niedergelegten Ansichten entgegentreten. Gestatten Sie mir, Ihnen dabei Schritt vor Schritt zu folgen.

Sie sagen a. a. O.:

> Wenn von Voitus in seinem Kommentar S. XXIX die Meinung aufgestellt wird, daß eine Rücksichtsnahme auf die Protokolle in allen solchen Fällen unstatthaft sei, wo der Aufnahme der betreffenden Vorschrift in das Gesetz Seitens der Vertreter der Regierungen in der Kommission Widerspruch entgegengesetzt worden sei, so übersieht er, daß die Regierung mit der nachträglichen Zustimmung zu der Aufnahme selbstverständlich den früheren Widerspruch aufgegeben und mit der Zustimmung auch die Motive des Beschlusses angenommen hat. Beide Gesetzgebungsfaktoren haben in die Aufnahme gewilligt, und hiermit ist der Widerspruch erledigt.

Ob der — auch im folgenden Satze wiederholte — Ausdruck „übersehen“ hier, wo es sich lediglich um eine Folgerung aus der Einwilligung in die Aufnahme einer Vorschrift auf die Zustimmung zu den Motiven handelt, ganz glücklich gewählt ist, kann wohl unerörtert bleiben. Dagegen verhehle ich Ihnen nicht, daß ich jene Folgerung, weit entfernt, sie mit Ihnen für „selbstverständlich“ zu erachten — einer anderweiten Begründung derselben haben Sie Sich enthalten — für nicht gerechtfertigt halte, da es mir an jedem Anhalte für die Annahme zu fehlen scheint, daß die Regierungen mit der — zum Theil nothgedrungen ertheilten — schließlichen Einwilligung in die Aufnahme einer früher bekämpften Vorschrift in das Gesetz, zugleich ihr Einverständniß mit dem haben an den Tag legen wollen, was zur Rechtfertigung derselben von einzelnen Mitgliedern oder der Mehrzahl einer Kommission geltend gemacht worden, welche von Hause aus — wie erwähnt — lediglich zur „Vorberathung der Regierungsentwürfe“ berufen war und deren Aufgabe und Stellung demnächst bis zum Schluß der

Reichstags-Berathungen in keiner Weise verändert worden ist. Um dies annehmen zu können, bedurfte es meines Erachtens einer ausdrücklichen Zustimmungs-Erklärung der Regierungen. Mangels einer solchen ist vorauszusetzen, daß diese davon ausgegangen seien, die Gerichte würden sich bei der Interpretation jener Vorschriften von der allgemeinen Rechtstheorie leiten lassen, sie aus sich selbst erklären, nicht aber das in der Justiz-Kommission zu ihrer Motivirung Vorgebrachte für entscheidend erachten. Waren daher die Regierungen der rechtlichen Ueberzeugung, daß bei Befolgung der allgemeinen Interpretationsregeln einer widerwillig von ihnen acceptirten Vorschrift ein anderer Sinn, als der von der vorberathenden Justiz-Kommission beabsichtigte, beigelegt werden müsse, so hinderte sie diese abweichende Absicht der letzteren nicht, ihren Widerspruch gegen die Aufnahme der Vorschrift selbst bei den Kompromiß-Verhandlungen, behufs der Ermöglichung des Zustandekommens der Justizgesetze aufzugeben. Ueberdies kann als „Motive der Justiz-Kommission" — im Gegensatze zu den von einzelnen Mitgliedern geäußerten Ansichten, hinsichtlich deren die Zustimmung der Majorität nicht nachgewiesen ist — nur die sehr geringe Zahl der auf s. g. „authentischen Interpretationen" beruhenden gelten. Aber auch diese würden, soweit sie die von der Justizkomm. beschlossenen Abänderungen der Regierungs-Entwürfe und die den letzteren neu hinzugefügten Vorschriften betreffen, günstigen Falls nur dann für die Gerichte maßgebend sein können, wenn auch der Reichstag, als der zweite Faktor der Gesetzgebung, sie durch ausdrückliche Zustimmung zu den seinigen gemacht hätte. Derselbe hat sich aber nach Ausweis der stenographischen Berichte lediglich auf die Beschlußnahme über die Vorschriften der Gesetze selbst beschränkt, — wie denn auch eine Prüfung und Abstimmung im Betreff der in der Kommission für und wider die dort gestellten Anträge geltend gemachten Gründe, bei der durch die Umstände gebotenen summarischen und kursorischen Behandlung der Regierungs-Entwürfe und der Protokolle der Kommission für ihn außerhalb der Möglichkeit lag. — Im unmittelbaren Anschluß an die oben eingerückte Stelle Ihrer Einleitung fahren Sie wörtlich fort:

„Ja Voitus a. a. O. will nicht einmal in den Fällen, wo die Protokolle Einstimmigkeit der Mitglieder bezüglich der Motive eines Beschlusses ergeben, den letzteren Authenticität (?)

beilegen, da die Kommission nicht Vertreterin des Reichstags, sondern lediglich mit der Vorberathung der Entwürfe beauftragt gewesen sei. Voitus übersieht hierbei, daß bei den ausgiebigen Debatten im Reichstage thatsächlich darüber ein Zweifel niemals bestanden hat, daß mit den Beschlüssen, gegen welche in dem Reichstage ein Widerspruch nicht erhoben worden, die Majorität des Reichstags einverstanden gewesen. Bei solchem Einverständniß ist auch nicht in Abrede zu stellen, daß letzteres, wo nicht das Gegentheil verlautbart worden, auf die Motive des Beschlusses sich mit erstreckt. Die Feststellung der Protokolle, wie sie oben geschildert worden, und die Mittheilung derselben an die Reichstagsmitglieder, würde völlig zwecklos gewesen sein, wenn man nicht in ihnen ein maßgebendes Auslegungsmittel zu schaffen beabsichtigt hätte. In mehreren Punkten hat die Kommission auf Antrag einzelner Mitglieder oder auf Anregung des Vorsitzenden, zur völligen Klarstellung der Bedeutung und des Sinnes einer Vorschrift die übereinstimmende Auffassung der Kommission zu Protokoll konstatiren lassen. Diese Erklärungen sind in den Anlagen I. L. zu dem Protokolle vom 20. October 1876 zusammengestellt und nachmals von der Kommission genehmigt worden. Endlich haben auch die Regierungsvertreter wiederholt auf bestimmte Anfragen über den Sinn einzelner Vorschriften in Uebereinstimmung mit dem Fragsteller sich geäußert, ohne daß aus der Mitte der Kommission ein Widerspruch gegen die kundgegebene Auffassung erklärt worden ist. Es kann die maßgebende Bedeutung solcher Aussprüche nicht in Abrede gestellt werden."

Gegen den mir in dem Satze: „Voitus übersieht hierbei" bis „einverstanden gewesen" gemachten Vorwurf, übersehen zu haben, daß der Reichstag mit den von ihm nicht angefochtenen „Beschlüssen" der Justizkomm. einverstanden gewesen sei — der den Gegensatz zu denselben bildenden Motive erwähnen Sie erst im folgenden Satze — brauche ich mich wohl nicht zu vertheidigen. Denn meine, unmittelbar vorangehend von Ihnen zur Rechtfertigung jenes Vorwurfs angeführte Behauptung spricht ausschließlich von den Motiven, ohne der Beschlüsse irgendwie zu erwähnen; auch würde es mir in

der That fern gelegen haben, Vorschriften eines Gesetzes zum Gegenstande materieller Prüfung und Auslegung in einem Kommentar zu machen, von denen ich annähme, daß sie gar nicht auf legal zu Stande gekommenen Beschlüssen der Faktoren der Gesetzgebung beruhten.

Ist aber hiernach der Vorwurf selbst gegenstandslos, so kann ich es dem Urtheil der Leser Ihrer „Einleitung" überlassen, ob zur Begründung desselben der angeführte Satz, so, wie er redigirt ist, für geeignet zu erachten, ja, ob ein „Übersehen" der Negative: daß ein Zweifel im Reichstage nicht bestanden habe, — ohne den Nachweis im Reichstage abgegebener ausdrücklicher Erklärungen, aus denen der Schluß auf die Nichtexistenz eines Zweifels gezogen werden könnte — überhaupt zum Gegenstande eines Vorwurfs gemacht werden konnte.

Dem in dem unmittelbar folgenden Satze: „Bei solchem Einverständniß" u. s. w. für die Ansicht, „daß sich das Einverständniß des Reichstags mit den Beschlüssen der Justizkomm. auch auf die Motive der letzteren erstrecke" geltend gemachten Argument: „es sei dies nicht in Abrede zu stellen", dürfte, wenn dasselbe für ein selbstständiges gelten soll, ein höherer Grad von Überzeugungskraft, als dem in der ersten der beiden oben eingerückten Stellen Ihrer „Einleitung" gewählten Ausdrucke „selbstverständlich" nicht beizumessen sein. Sind dagegen die sich unmittelbar an jenes Argument anschließenden Sätze zu dessen nähere Begründung bestimmt, so bezweifle ich, daß dieselben den in der Justizkomm. für die gefaßten Beschlüsse angeführten Gründen die „maßgebende Bedeutung", welche Sie ihnen beilegen, bei den Gerichtshöfen sichern werden. Ist wohl anzunehmen, daß die Gerichte sich in der That bei der Auslegung der Gesetze durch jene Motive der Kommission aus dem Grunde für gebunden erachten werden, weil andernfalls der Zweck, den die Kommission mit der „Feststellung ihrer Protokolle" und deren Mittheilung an die Mitglieder des Reichstags, sowie mit der oben erwähnten Zusammenstellung einer Anzahl s. g. „authentischer Interpretationen" verband, unerreicht bleiben würde? Ich glaube die Besorgniß, es möchte der Erfolg solcher von der Kommission bei ihrem geschäftlichen Verfahren getroffenen Einrichtungen hinter der Absicht und den Wünschen der Kommission zurückbleiben, wird die Gerichte selbst dann wenig beun-

ruhigen, wenn ihnen unbekannt bleibt, daß — wie mir eins der hervorragendsten Mitglieder der Kommission schrieb — „über die endliche Abstimmung in derselben bisweilen der Zufall entschieden hat." Endlich scheint mir Ihrer Bemerkung im Schlußsatze der oben wiedergegebenen Stelle Ihrer „Einleitung" schon aus dem Grunde Gewicht nicht beigelegt werden zu können, weil sich dieselbe nach Ihrem eigenen Anerkenntniß nur auf „einzelne Vorschriften" bezieht.

Dies sind die Erwägungen, verehrter Herr General-Staatsanwalt, welche mich bei der in der Einleitung zu meinem Kommentar niedergelegten Ansicht über die Bedeutung der Protokolle der Reichs-Justizkomm. für die Auslegung der Justizgesetze zu beharren nöthigen. Von gleichen Grundsätzen geht unverkennbar auch Löwe aus. Würde er doch andernfalls (S. 227 Not. 10 seines Kommentars) nicht haben sagen können: „Die in der Justizkomm. vertretene (den § 9 der StPO. betreffende) Ansicht kann für richtig nicht erachtet werden; sie findet in dem Gesetze selbst keine Begründung." In gleichem Sinne bemerkt Keller (GVG. S. 229 Nr. 2. zu § 195) „Auch die mit der irrigen Bezeichnung „authentische Interpretation" festgestellte Ansicht der Justizkomm. bezüglich des Gerichtsschreibers muß daher eine Einschränkung erleiden, indem aus dem Gesetze selbst das Verbot, den Gerichtsschreiber zur Berathung und Abstimmung der Richter zuzulassen, nicht entnommen werden kann."

Hinsichtlich der bei den einzelnen Paragraphen zwischen Ihnen und mir obwaltenden Meinungsverschiedenheiten werden Sie es gerechtfertigt finden, wenn ich vorzugsweise solche Punkte in's Auge fasse, bei denen Sie mit der Aufstellung Ihrer abweichenden Ansicht zugleich Vorwürfe des „Übersehens", „Irrthums" und dergl. verbunden haben.

Vorweg bemerke ich jedoch, daß mir auch bei manchen einzelnen Vorschriften der Grund der Differenz unserer Ansichten tiefer, nämlich in der Verschiedenheit Ihrer Auslegungs-Theorie von der meinigen, zu liegen scheint. Während ich — der alten Schule angehörig — davon ausgehe, daß bestimmt und klar gefaßte Vorschriften auch dann strikte befolgt werden müssen, wenn sie de lege ferenda bedenklich sind, ja selbst, wenn sich nicht bezweifeln läßt, daß, wenn der Gesetzgeber sich die Bestimmung reiflicher überlegt und die mit ihr voraussichtlich für die Rechtspflege verknüpften Nachtheile in's

Auge gefaßt hätte, sie überhaupt nicht, oder anders erlassen haben würde — empfehlen Sie, scheint mir, dem Richter, sich über derartige von Ihnen als schädlich, oder doch unzweckmäßig erkannte Vorschriften hinwegzusetzen.

Gestatten Sie mir ein Beispiel.

Der § 360 der StPO. gestattet dem Beschwerdeführer, gegen den, seine Berufung als verspätet zurückweisenden Beschluß des Gerichts erster Instanz auf die Entscheidung des Berufungsgerichts anzutragen, und fährt dann fort:

> In diesem Falle sind die Akten an das Berufungsgericht einzusenden; die Vollstreckung des Urtheils wird jedoch hierdurch nicht gehemmt.

Daß die Schlußworte vollkommen präcise gefaßt sind, daß auch aus keiner anderen die Vorschrift desselben direkt oder indirekt berührenden, ihr vorangehenden oder nachfolgenden Bestimmung herzuleiten sei, es habe dem Richter eine Abweichung von derselben gestattet sein sollen, werden Sie zugeben. Ja, die Unzulässigkeit einer solchen Abweichung möchte recht deutlich aus dem Gegensatze hervortreten, in welchen der Gesetzgeber diesen § mit anderen Vorschriften gebracht hat.

Zunächst verordnet der § 357 für den Fall rechtzeitiger Einlegung der Berufung ausdrücklich, daß durch dieselbe die Rechtskraft des Urtheils, soweit es angefochten, gehemmt werde. Hierzu bildet die mit gleicher Bestimmtheit gefaßte Vorschrift des Abs. 2 in fine des § 360 den direkten Gegensatz.

Ferner bestimmt der § 400:

> Durch den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wird die Vollstreckung des Urtheils nicht gehemmt.
>
> Das Gericht **kann** jedoch einen Aufschub so wie eine Unterbrechung der Vollstreckung anordnen;

und ähnlich heißt es bezüglich des Rechtsmittels der Beschwerde im § 349:

> Durch Einlegung der Beschwerde wird der Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht gehemmt.
>
> Doch kann das Gericht anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

Die Gesetzgeber sind sich daher der Nothwendigkeit, von der Be-

stimmung, daß ein Rechtsmittel die Vollstreckung, beziehungsweise den Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht hemme, dem Gericht für gewisse Fälle eine Ausnahme zu gestatten, vollkommen bewußt gewesen. Haben sie daher in anderen Fällen dem Gericht eine solche Ermächtigung nicht ertheilt, vielmehr — wie in dem Falle des § 360 — apodiktisch und ausnahmslos bestimmt, daß die Vollstreckung des Urtheils nicht gehemmt werde, so ist dadurch, scheint mir, unzweideutig zu erkennen gegeben, daß sie bei den Vorschriften dieser §§ zur Gestattung einer Ausnahme keinen Anlaß fanden. Dieser Schluß müßte selbst beim Mangel aus der Geschichte der Entstehung des § herzunehmender Unterstützungs-Gründe gerechtfertigt erscheinen, zumal zwei der erwähnten 3 §§ der — überhaupt nur 60 §§ umfassenden — Materie „Rechtsmittel" angehören, mithin, ohne der Justizkomm. zu nahe zu treten, nicht angenommen werden kann, daß bei der Aufnahme des § 360 in das Gesetz eine praktisch so wichtige Bestimmung, wie die der §§ 349, 400 aus Versehen fortgeblieben sein sollte, und zwar um so weniger, als auch der das Rechtsmittel der Revision betreffende § 386 in seinem Schlußsatze eine mit der in Rede stehenden Vorschrift des § 360 wörtlich übereinstimmende Bestimmung enthält, das Versehen sich daher bei zwei, unweit von einander liegenden, bezüglich der hier vorliegenden Frage von völlig gleichen Gesichtspunkten aus zu beurtheilenden §§ in ganz gleicher Weise wiederholt haben müßte.

Die Verhandlungen der Justizkomm. geben aber auch deutlich zu erkennen, daß die Aufnahme einer den Schlußsätzen der §§ 349, 400 entsprechenden Vorschrift in den § 360 nicht hat stattfinden sollen.

Nachdem in erster Lesung die Einführung des Rechtsmittels der Berufung beschlossen worden war, wurde in der Verhandlung zweiter Lesung vom 17. Juni 1876 (S. 1011 der Prot.) der § f. I (jetzt § 360 des Ges.) zur Annahme empfohlen. Sein Schlußsatz stimmte wörtlich mit dem die Revision betreffenden § 386 überein, zu dessen Rechtfertigung in den Motiven zu dem Regierungs-Entwurfe (S. 207) geltend gemacht worden war, daß dem Angekl. nicht gestattet werden könne, zu jeder Zeit, vielleicht lange nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils, durch eine frivole Einlegung des Rechtsmittels die Vollstreckung zu hindern. Noch in derselben Verhandlung (S. 1016 der

Prot.) wurde aber vom Abgeordneten Reichensperger der — von Ihnen unterstützte — näher motivirte Antrag eingebracht, an Stelle der Schlußworte: „die Vollstreckung — nicht gehemmt" zu setzen:

> Die Vollstreckung tritt erst mit dem Ablaufe der Beschwerdefrist ein.

Derselbe wurde jedoch, nachdem er von Abgeordneten und einem Regierungs-Kommissarius, im Wesentlichen aus den erwähnten Gründen der Motive, bekämpft worden war, abgelehnt (S. 1017) und der § in der Fassung des § 360 des Gesetzes angenommen. Ein anderer den § modificirender Antrag war nicht gestellt worden, obgleich der § 349 in derselben Verhandlung berathen worden, sein Schlußsatz mithin den Mitgliedern der Kommission noch in frischester Erinnerung war. Es muß daher für zweifellos gelten, daß die Kommission es nicht für angemessen erachtet hat, dem Gericht im § 360 eine dem Schlußsatze des § 349 entsprechende Befugniß zu ertheilen, da andernfalls — darin werden Sie mit mir einverstanden sein — die Aufnahme einer solchen Bestimmung, als des minus des Antrages Reichenspergers, unfehlbar nach Ablehnung des letzteren, von Reichensperger selbst, oder einem der 11 seinem Antrage zustimmenden Abgeordneten angeregt worden sein würde.

Bei der sich hieraus ergebenden Übereinstimmung der Geschichte der Entstehung des § 360 mit seiner klaren und bestimmten Fassung würde eine analoge Anwendung der Schlußbestimmungen des § 349 oder des § 386 sich selbst dann verbieten, wenn eine solche an sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hier für zulässig zu erachten wäre, was mit Rücksicht auf die wesentliche Verschiedenheit des Rechtsmittels der Berufung von der Beschwerde, beziehungsweise Wiederaufnahme, nicht anzuerkennen sein dürfte. Vergl. § 399.

Im direkten Gegensatze zu vorstehender Ausführung heißt es S. 507 Ihres Kommentars in der Note 3 zu § 360 wörtlich:

> „Diese Bestimmung des Schlußsatzes schließt das Ermessen des Richters nicht aus, mit der Vollstreckung bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts Anstand zu nehmen."

Daß es möglich sei, den Schlußsatz des § in dieser Weise auszulegen, oder, daß bei der Berathung des § in der Justizkomm. oder im Reichstage eine Abweichung von der bestimmten Vorschrift desselben für zulässig erachtet worden sei, behaupten Sie nicht, be-

schränken Sich vielmehr darauf, Ihren Satz, ohne auch nur den Versuch einer Motivirung für nöthig zu halten, als zweifelsfrei hinzustellen — wodurch Sie zu erkennen geben, daß Sie dem Richter die Befugniß einräumen, selbst die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen, und das von ihm in den gegebenen Gesetzen als unzweckmäßig Erkannte seinerseits zu verbessern.

Weit entfernt, eine derartige Gesetzauslegung oder Gesetzanwendung als „unrichtig" oder „irrig" zu bezeichnen, überzeuge ich mich doch, daß in Bezug hierauf zwischen Ihnen und mir — der ich für Fälle jener Art Abhülfe im Wege der Gesetzgebung für erforderlich halte — eine so weite Kluft besteht, daß eine Überbrückung derselben mir kaum ausführbar zu sein scheint. Ich überlasse mich jedoch der Hoffnung, daß Sie aus dieser generellen zwischen uns bestehenden Differenz eine Entschuldigung für mich herleiten werden, wenn ich den mißbilligenden Äußerungen, welche Ihr Kommentar in Bezug auf meine Bemerkungen und Ausführungen bei einer nicht geringen Anzahl einzelner Paragraphen enthält, nicht das volle Gewicht beilege, welches ich andernfalls ihnen zugestehen würde.

Bei der Besprechung dieser — mit dem § 364, S. 510 beginnenden — Paragraphen beschränke ich mich, zur Vermeidung allzuweiter Ausdehnung dieses Schreibens, auf solche Punkte, bei denen die Differenz nicht für unerheblich zu erachten ist.

§ 364. Hinsichtlich des mir in der Note 1 zu diesem § S. 510 gemachten Vorwurfs „übersehen zu haben" „daß die Zuordnung eines Vertheidigers in Schöffengerichtssachen überhaupt (außer im § 141) nicht stattfinde," glaube ich Sie durch meinen, diese Frage betreffenden, Ihnen vor einiger Zeit übersandten Aufsatz — da Sie gegen die Ausführungen Bedenken nicht geäußert haben — überzeugt zu haben, daß sowohl nach der Terminologie der Straf-Prozeß-Ordnung, als nach der Geschichte der Entstehung des §, und im Hinblick auf die anomalen und keinenfalls beabsichtigten Folgen, welche eine entgegengesetzte Auffassung des § zur Folge haben müßte — der § auf die den Schöffengerichten auf Grund des § 75 des GVG. von den Landgerichten überwiesenen Sachen Anwendung findet. Ich kann jetzt noch hinzufügen, daß auch Keller die Worte des Abs. 2 des §: „welche vor dem Landgericht in erster Instanz zu verhandeln sind" S. 139, I. c., unter Hinweisung auf die §§ 73, 74 GVG.

übersetzt: „in zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörigen Sachen." Einen andern Sinn haben Sie den Worten Ihres — der in Rede stehenden Vorschrift zum Grunde liegenden — Antrags S. 496 sub. II der Prot: „vor die Landgerichte gehören" auch wohl selbst nicht beigelegt wissen wollen.

§§ 408—410. Ich hatte S. 423, 424 meines Kommentars darauf hingewiesen, daß nach der Wortfassung des § 408, in Verbindung mit dem Abs. 1 des § 409, eine Verwerfung des Wiederaufnahmegesuchs ohne Mittheilung desselben an den Gegner des Antragstellers, nur

> bei Formwidrigkeit, bei unterbliebener Geltendmachung eines gesetzlichen Grundes zur Wiederaufnahme, und, wenn kein geeignetes Beweismittel angeführt worden,

zulässig sei, führte aber unter Mittheilung der Motive des Entwurfs aus, daß, wenn der § 408 nur der „Beweismittel", nicht auch der „Thatsachen" Erwähnung thue, dies auf eine Inkorrektheit der Redaktion zurückzuführen, und demgemäß das Gericht befugt sein werde, das Wiederaufnahmegesuch auch in dem Falle a limine als unzulässig zurückzuweisen, wenn es zwar den angetretenen Beweis für die zur Begründung des Gesuchs vorgetragene Thatsache für zulänglich, diese Thatsache selbst aber für unerheblich erachte.

Daß meine Angabe im Betreff des Inhalts des § unrichtig, oder daß meine Ausführungen unzutreffend seien, behaupten Sie nicht, sagen vielmehr nur S. 558 Nr. 2:

> Die Aufnahme der Beweise (Abs. 1) wird nur „soweit diese erforderlich ist", verfügt. Die Frage, wieweit sie erforderlich ist, richtet sich nach den Bestimmungen des § 408 (vergl. vorstehend die Motive zu § 408), insbesondere werden „nicht geeignete Beweismittel" nicht erst befragt u. s. w. Es ist daher, wenn mit der nach § 408 ertheilten Resolution die Beweisaufnahme sich erledigt, nicht das Verfahren nach § 409 folg. einzuleiten.

In der Note 1 fügen Sie hinzu:

> Ebenso hat sich die Praxis in anderen Ländern ausgesprochen. Hiermit erledigen sich die Ausstellungen und Zweifel in Voitus Kommentar S. 423.

Sollen die Worte: „Hiermit erledigen sich" u. s. w. auf den

ihnen unmittelbar vorangehenden Satz: „Ebenso hat sich“ u. s. w. bezogen werden, so will mir nicht einleuchten, wie eine Praxis, welche sich auf Grund von Gesetzen gebildet hat, von denen Sie nicht behaupten, daß sie mit den §§ 408, 409 StPO. übereinstimmend lauten, Ausstellungen und Zweifel soll erledigen können, welche aus der Fassung dieser §§ hergeleitet sind.

Wollen Sie aber die Worte: „Hiermit erledigen sich“ u. s. w. auch auf den oben zuerst eingerückten Satz Nr. 2: „Die Aufnahme der Beweise“ u. s. w. bezogen wissen, so werden Sie sich bei nochmaliger Vergleichung dieses Satzes mit meinen erwähnten Ausführungen ohne Zweifel überzeugen, daß ersterer auf den Inhalt der letzteren gar nicht eingeht, dieselben vielmehr völlig unberührt und unangefochten läßt. Denn, daß nach dem § 409 Abs. 1 — wie Sie hervorheben — die Aufnahme der Beweise nur, soweit sie erforderlich ist, verfügt wird, habe ich selbst ausgesprochen; dieser Satz scheidet also als Mittel zur „Erledigung meiner Ausstellungen und Zweifel“ aus. Und der sich unmittelbar an jene Bemerkung anschließende Satz: „Die Frage, in wie weit sie erforderlich ist“ u. s. w. und die Hinweisung auf die gleichfalls von mir mitgetheilten Motive lassen den alleinigen Gegenstand meiner Ausstellungen,

daß der § 408 nur von Beweismitteln nicht auch von Thatsachen spricht, mithin nach seiner Fassung die Mittheilung des Wiederaufnahmegesuchs an den Gegner — zweckwidrig — auch für den Fall anordnet, wenn die Thatsachen, für welche zulänglicher Beweis angetreten ist, unerheblich sind,

gänzlich bei Seite liegen.

Ich kann mich der Ueberzeugung nicht erwehren, verehrter Herr General-Staatsanwalt, daß Sie, unbeeinflußt durch Ihre Stellung als Vorsitzender der Redaktions-Kommission, im Einverständniß mit mir anerkannt haben würden, daß im § 408 vor „Beweismittel“ hätte stehen müssen „Thatsachen oder“

Zu § 410 sagen Sie S. 558 unter Nr. 1 Ihrer Bemerkungen:

Hat sich bei der vorläufigen Prüfung nach § 408 ein genügender Grund zur sofortigen Abweisung des Gesuchs nicht herausgestellt, so wird hierdurch der Abweisung des Gesuchs nach dem Ergebnisse der vorgenommenen Erörterungen nicht präjudicirt. Die Gründe der Abweisung sind in beiden Fällen

materiell dieselben; — in dem zweiten Falle liegt jedoch ein reicheres Material zur Beurtheilung vor, welches eine sichere Entschließung verbürgt [2])

und in der zur Ergänzung dieses Satzes bestimmten Note 2:

Die Praxis hat in dieser Maße sich entwickelt, indem bei vorhandenen Bedenken gegen den Antrag, welche sich nicht sofort erledigen ließen, vorsorglich die Erhebung der Beweise verfügt wird, um sodann desto sicherer über den Antrag selbst urtheilen zu können. Hiermit entfallen die Einwendungen in Voitus Kommentar. S. 424.

Nun enthält aber die ganze S. 424 selbst nicht andeutungsweise eine „Einwendung" gegen das in den vorstehenden beiden Sätzen von Ihnen An- und Ausgeführte, oder etwas demjenigen widersprechendes, was Sie über den Sinn und Zweck des § 410, in seiner Verbindung mit dem § 408, — zweifellos richtig — sagen. Vielmehr ist dort ganz ausschließlich von der Frage die Rede: ob der § 408, wiewohl nur von Beweismitteln sprechend, auch auf Thatsachen bezogen werden dürfe. Es ist mir auch, eifrigsten Studiums ungeachtet, nicht gelungen, zu erforschen, auf welche Stelle meiner Ausführung Ihr erwähnter Schlußsatz: „Hiermit entfallen" u. s. w. von Ihnen hätte bezogen werden können. Vielleicht haben Sie die Güte, mir in dieser Beziehung zu Hülfe zu kommen. —

Zu § 447 hatte ich S. 447 Nr. 1 wörtlich gesagt:

Aus der Wahl des Wortes „Zuständigkeit" folgt, daß das Verfahren nur in den Fällen der Nr. 1 und 2 des § 27 GVG., nicht auch in den Untersuchungen stattfindet, welche dem Schöffengericht auf Grund des § 75 G. überwiesen werden. In den Motiven heißt es zwar S. 241 Zeile 1: „in den vor das Schöffengericht gehörigen Sachen", worunter die letzterwähnten inbegriffen werden könnten. Im 4 Abs. daselbst ist aber unter Hinweisung auf § 14 des Entwurfs zum G. (§ 27 des G.), gesagt: „für welche das Schöffengericht „zuständig" ist.

Sie sagen in vollkommener Uebereinstimmung hiermit S. 581 Nr. 2.

„Die Bestimmungen des § 447 folg. erstrecken sich nur auf die zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen.

Es sind daher von selbst die Fälle ausgeschlossen, in denen eine an sich zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörige Strafsache nach § 75 des GVG. an das Schöffengericht verwiesen wird. Ohnedem kann nach dem angez. § 75 eine solche Verweisung überhaupt nur erst bei Eröffnung der Hauptverhandlung durch Beschluß der Strafkammer bewirkt werden, und es entfällt hiermit von selbst die Ausdehnung des § 447 auf die verwiesenen Sachen".

Gleichwohl sagen Sie in der Note 1 S. 582:

> Der von Voitus Kommentar S. 447 angeregte Zweifel ist daher unbegründet.

Ich möchte glauben, daß bei der Bestimmtheit, mit welcher ich meine Ansicht ausgesprochen habe, aus dem Nachweise, daß auch durch die Motive, ungeachtet eines vielleicht nicht ganz präcisen Ausdrucks, jene Ansicht unterstützt werde, der Vorwurf, einen unbegründeten Zweifel angeregt zu haben, nicht hätte hergeleitet werden können.

Zu § 448 bemerken Sie unter Nr. 2 S. 583:

> Abs. 1 und 2 handeln nicht von denselben Fällen[1]). In Abs. 1 wird im Allgemeinen davon gesprochen, daß „der Erlassung des Strafbefehls Bedenken entgegenstehen"; — dagegen wird in Abs. 2 nur der Fall behandelt, wenn „der Amtsrichter Bedenken findet, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen". In dem letzteren Falle wird der Amtsrichter in Abs. 2 angewiesen, „die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen"; — die Anweisung beschränkt sich auf diesen Fall.

In der oben hinter dem Worte „Fällen" in Bezug genommenen Note 1 beschränken Sie Sich ohne jede Begründung auf die nackte Bemerkung:

> „Den Unterschied übersieht Voitus. Kommentar S. 448."

Nun heißt es aber in meiner Bemerkung S. 448 Nr. 3 wörtlich:

> Nach den Worten des Gesetzes hat der Richter, welcher Art auch seine Bedenken seien, nur die Wahl zwischen Erlaß des beantragten Strafbefehls und Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung. Dies kann nicht gemeint sein; vielmehr ist derselbe, wenn er die That nicht für gesetzlich strafbar, oder den Beweis nicht für ausreichend erachtet, oder den erforderlichen Antrag des Verletzten vermißt, oder das

Amtsgericht nicht für zuständig hält, u. s. w. befugt, den Antrag der Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Vergl. § 201 St.

Wie Sie dieser zwischen den Worten des § und seinem Sinne ausdrücklich unterscheidenden Ausführung gegenüber den Vorwurf des „Übersehens“ rechtfertigen wollen, — was Sie allerdings auch nicht versuchen — ist mir nicht erfindlich. Da Sie bezüglich des Sinnes der Vorschrift mit mir einverstanden sind, hätte, wie mir scheint, ein Vorwurf gegen mich aus meinen obigen Sätzen nur auf die Behauptung gegründet werden können: daß die Worte jenen Sinn deutlich aussprächen. Sie sagen aber im weiteren Verlaufe Ihrer oben erwähnten Bemerkung Nr. 2 selbst nur: Die — von mir aus dem § hergeleitete — Vorschrift „liege indirekt im Satze“.

Nur nebenher erlaube ich mir, in Veranlassung Ihrer Bemerkung:

> Im Abs. 1 werde im Allgemeinen davon gesprochen, daß der Erlassung des Strafbefehls Bedenken entgegenstehen; dagegen werde im Abs. 2 nur der Fall behandelt, wenn der Amtsrichter Bedenken finde, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen,

darauf hinzuweisen, daß, wenn die Worte des Abs. 1 ihren Sinn hätten klar stellen sollen, darin nicht von „Bedenken“, die der Erlassung des Strafbefehls — dessen Wesenheit gerade in dem Fortfall der Hauptverhandlung besteht — hätte gesprochen werden dürfen, er vielmehr hätte lauten müssen: „Wenn die Anklage (aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen) unzulässig oder unbegründet erscheint.“ Nur so wäre der Gegensatz zwischen dem ersten und dem zweiten Satze hervorgetreten, während der Abs. 1 in seiner jetzigen Fassung: „wenn der Erlassung des Strafbefehls Bedenken nicht entgegenstehen“, den Fall der Eingangsworte des Abs. 2: „Findet der Amtsrichter Bedenken, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen“ mit umfaßt, da das der Erlassung des Strafbefehls entgegentretende Bedenken gerade darin bestehen kann, und voraussichtlich vielfach bestehen wird, daß sich der Fall nach seiner Eigenthümlichkeit mehr zur Erörterung in der Hauptverhandlung eigne.

Zu § 490 Abs. 1 beschränkt sich mein Kommentar S. 472 auf die alleinige Bemerkung: daß zwar nach den Worten „so ist die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen“, die mit der Strafvollstreckung

auf Grund des § 483 vorgehende Staatsanwaltschaft in Fällen, wo Einwendungen gegen die Zulässigkeit derselben erhoben würden, stets die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen haben würde, daß jedoch die Vorschrift wohl nur den Fall im Auge habe, wenn der Staatsanwalt die Einwendungen für unbegründet erachte.

Ohne diese Bemerkung zu bekämpfen, sagen Sie S. 607 Nr. 1 unter ausdrücklicher Hinweisung auf denselben ersten Satz des §:

> In diesen Fällen ist eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, — nicht die der oberen staatsanwaltlichen Behörden. In der Kommission ist die Nothwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung allseitig anerkannt worden.

Darauf heißt es in der diesem Satze beigefügten Note 1:

> Wird der Staatsanwalt in einem solchen Falle von der ihm vorgesetzten Behörde, an welche der Betheiligte sich gewendet hat, zu einer der Beschwerde abhelfenden Verfügung angewiesen, so hat er selbstverständlich der Verfügung nachzugehen, wodurch sich die Anrufung des Gerichts erledigt. Dies Verfahren würde innerhalb des Dienstwegs sich vollziehen, und nach Außen als ein instanzenmäßiges Vorgehen sich nicht charakterisiren. Das in § 490 Abs. 1 geordnete Verfahren hat mit dieser innerhalb der Staatsanwaltschaft auftretenden Erledigung nichts zu schaffen. Die Einwendungen von Voitus, Kommentar S. 473 sind daher unbegründet.

Daß mir der Passus von „Dies Verfahren würde — nichts zu schaffen" nicht völlig deutlich ist, verschulden Sie vielleicht nicht. Worauf aber der Schlußsatz: „Die Einwendungen — unbegründet" sich beziehen soll, vermag ich mir nicht zu erklären, da meine oben mitgetheilte Bemerkung zu dem ersten Absatze des §, weit entfernt „Einwendungen" zu enthalten, dem, was Sie über denselben sagen, in keiner Beziehung widerspricht. Ich sehe mich daher völlig außer Stande, mich gegen den Vorwurf, unbegründete Einwendungen erhoben zu haben, zu vertheidigen.

Meine Ausführungen unter Nr. 2 betreffen, wie dies aufs Bestimmteste dort ausgesprochen ist, „den von der Justiz-Kommission, beziehungsweise vom Reichstage, eingeschalteten Absatz 2 des § und lassen den in Ihrer oben angeführten Bemerkung Nr. 1 und der dazu gehörigen Note 1 besprochenen ersten Absatz gänzlich unberührt."

Zu § 493. Da in dem § die Ausdrücke „Krankheit", „Krankenanstalt" ganz allgemein, ohne irgendwie zwischen körperlichen und geistigen Leiden zu unterscheiden, gebraucht sind, und überdies die Anwendbarkeit desselben auf Geisteskranke bei der Berathung in der Justizkomm., ohne Widerspruch zu finden, ausdrücklich anerkannt worden ist (Prot. S. 718) habe ich S. 475 Nr. 1 meines Kommentars die Vorschrift des § auch auf solche Sträflinge bezogen, bei denen sich nach ihrer Aufnahme in die Strafanstalt ein geistiges Leiden herausstellt, zu dessen Heilung sie einer Irren-Heilanstalt übergeben werden.

Ich habe ferner, da die Worte des §:

„so ist die Dauer des Aufenthalts in der Krankenanstalt in die Strafzeit einzurechnen",

nicht den geringsten Anhalt zu der Annahme darbieten, daß, um die Einrechnung des Aufenthalts in der Heilanstalt in die Strafzeit zuzulassen, die — gleichviel ob körperliche oder Geistes-Krankheit — vor dem Ablaufe der Strafzeit behoben sein müsse, angenommen, daß, wenn ein Sträfling als anscheinend gesund in die Strafanstalt aufgenommen, auf Grund ärztlicher Anordnung aber wegen Geisteskrankheit einer Irren-Heilanstalt überwiesen worden, und dort über die Dauer seiner Strafzeit hinaus verblieben sei, — seine Strafe auf Grund der, wie mir scheint, recht deutlich gefaßten Vorschrift des § für verbüßt gelten müsse, dies als richtig vorausgesetzt aber eine Freiheitsstrafe an einem Verurtheilten vollstreckt werde, der — weil geisteskrank — kein Bewußtsein davon habe.

Ich hätte geglaubt, daß, um diese Ansicht über den Sinn des § zu widerlegen, der Nachweis zu erbringen — mindestens zu versuchen — gewesen wäre, daß der Inhalt der Vorschrift zu einer anderen Auslegung führe, oder doch, daß jene Ansicht mit den bei den Berathungen des § in der Justizkomm. oder dem Reichstage abgegebenen Erklärungen im Widerspruche stehe.

Sie, verehrter Herr General-Staatsanwalt, haben einen solchen Nachweis für entbehrlich erachtet. Es genügen Ihnen, um das Unhaltbare meiner Ausführung darzuthun, folgende Sätze (S. 609 Note 1):

Voitus, welcher in seinem Kommentar S. 475 diese Bestimmung lebhaft angreift, irrt sich in der Bedeutung und

dem Zwecke derselben und kommt sogar zu der Meinung, als ob die Kommission die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe an einem Geisteskranken für zulässig gehalten habe. Hiervon ist allenthalben nicht die Rede. Würde sich z. B. ergeben, daß ein Sträfling geisteskrank sei, so ist eine Strafvollstreckung überhaupt nicht mehr in Frage. Auf einen solchen Fall bezieht sich der obige § nicht. Wohl aber könnte der Fall sich so gestalten, daß ein geisteskrank gewordener Sträfling in eine Irrenanstalt versetzt, daselbst wieder hergestellt und in die Strafanstalt zurückgebracht wird. Hier wird ihm in Gemäßheit des § 493 der Aufenthalt in der Irrenanstalt zu seinen Gunsten auf die „noch übrige Strafzeit" angerechnet.

Daß auf einen solchen, von Ihnen als zweifellos maßgebend hervorgehobenen Unterschied zwischen dem Falle, wenn der Sträfling erst nach dem Ablaufe seiner Strafzeit und dem, wenn er schon während derselben genese und demzufolge aus der Irren-Heilanstalt in die Strafanstalt zurückgebracht werde — in dem § 493 irgendwie hingedeutet, oder daß er bei der Berathung des § zur Sprache gekommen sei, behaupten Sie nicht. Wäre gleichwohl eine solche Unterscheidung beabsichtigt worden, so würde ich es für einen nicht zu entschuldigenden Mangel an Sorgfalt bei der Redaktion des § halten, wenn ein Moment von so praktischer Bedeutung in dem Gesetz nicht erkennbar gemacht worden wäre, da man ohne einen aus dem Gesetz herzunehmenden Anhalt meines Erachtens zu einer solchen Unterscheidung schon aus dem Grunde nicht gelangt, weil sie bei Strafvollstreckungen zu Konsequenzen führt, für die es de lege ferenda an genügender Rechtfertigung fehlen dürfte. Beträgt z. B. die Dauer der Strafzeit des als anscheinend gesund in die Strafanstalt aufgenommenen, aber auf Grund ärztlicher Feststellung seiner Geisteskrankheit alsbald einer Irren-Heilanstalt überwiesenen Sträflings nur Monate, so wird in der Regel seine Genesung, bzhw. seine Entlassung aus der Heilanstalt, erst nach dem Ablaufe seiner Strafzeit eintreten. An einem solchen Sträflinge würde daher nach Ihrer Ansicht — anders vermag ich dieselbe nicht zu verstehen — der in der Heilanstalt zugebrachte Theil der Strafzeit unverkürzt nachträglich in der Strafanstalt vollstreckt werden müssen, wogegen dem in der Heilanstalt während der Dauer

seiner Strafzeit genesenen, und in Folge dessen in die Strafanstalt zurückgebrachten Sträflinge die volle Dauer der Heilungs-Periode auch dann auf die Strafzeit angerechnet würde, wenn sie länger gewährt hätte, als die von dem ersterwähnten Sträflinge in der Heilanstalt verlebte Zeit. Meinerseits würde ich, sollte in der That ein solches Verfahren bei der Strafvollstreckung beobachtet werden, dasselbe, weil durch die Vorschrift des § 493 nicht gerechtfertigt, für ein willkürliches halten.

Dies sind die §§, zu deren Besprechung mir Ihr Eingangs erwähntes Schreiben in Bezug auf die StPO. Anlaß giebt. Bei der Bearbeitung des Kommentars zum GVG. haben Ihnen Arbeiten Anderer noch nicht vorgelegen; ich habe denselben jedoch perlustrirt und bin dabei auf eine Differenz zwischen Ihrer Ansicht und der meinigen im Betreff des § 27 Nr. 2 des GVG. in Verbindung mit dem § 320 StGB. aufmerksam geworden, die ich, da die Frage nicht ohne praktische Bedeutung ist, hier zu erwähnen mir erlaube.

Sie sagen in der Note 5 zu § 27 Nr. 2 S. 23 Ihres Kommentars:

> Der Straffall in § 320 des StGB. ist ebenso wie die Fälle in § 74 (besondere reichsgesetzliche Strafvorschriften) von der Kompetenz der Schöffengerichte ausgenommen worden, weil man diese Gerichte zur Aburtheilung derselben für weniger geeignet hielt.

Könnten auch die Worte „von der Kompetenz" Zweifel darüber zulassen, ob nur die Zuständigkeit im Sinne der ersten Zeile des § 27 gemeint sei, so wird doch durch die Hinweisung auf den § 74 klar gestellt, daß Sie in gleicher Weise, wie Sie bezüglich des § 74 die Unzulässigkeit einer Ueberweisung der darin aufgeführten Straffälle Seitens des Landgerichts an das Schöffengericht hervorheben (S. 50 oben), eine solche auch im Betreff des Vergehens des § 320 StGB. für unstatthaft halten.

Daß dieser Ansicht der Inhalt des § 27 oder des § 74 zur Seite stehe, erwähnen Sie nicht, nehmen vielmehr zur Unterstützung derselben nur auf S. 709 (Sitz. 141) der Prot. der Justizkomm. Bezug. (S. 23 unter Nr. 1.) Obgleich ich, wie oben erwähnt, vorziehe, die §§ der beiden Gesetze aus sich, unter Berücksichtigung der auf sie beziehbaren Vorschriften anderer §§ auszulegen, folge ich Ihnen zunächst auf dem von Ihnen betretenen Wege, gelange jedoch dabei zu

dem Resultat, daß jene Prot. zu der Annahme, die Justizkomm. habe den Straffall des § 320 von der im § 75 GVG. behandelten „Ueberweisung" an die Schöffengerichte auszuschließen beabsichtigt, keinen Anhalt bieten.

Vorweg bemerke ich, daß Ihre Belagsstelle, die S. 709 der Prot., — wie Sie Sich bei Durchlesung derselben überzeugen werden — des § 320 StGB. überall keine Erwähnung thut, der gesammte Inhalt der Seite sich vielmehr, ohne auf jenen § unmittelbar oder mittelbar Bezug zu haben, ausschließlich mit den unter Nr. 3 des § 16 — wie dieser aus den Beschlüssen der Kommission bei erster Lesung (S. 13 das. „zur Vorlage §§ 14, 15") hervorgegangen war — aufgeführten §§ 123 Abs. 3, 134, 136, 241, 285, 286, 290, 291, 293 und 296 des StGB. beschäftigt, während über den hier in Rede stehenden § 320 unter Nr. 2 jenes § 16 Bestimmung getroffen war.

Aber auch aus den auf diesen § 320 StGB., und auf die, die vorliegende Frage mit betreffenden §§ 27, 74, 75 des GVG. bezüglichen Prot. der Justizkomm. ist eine Unterstützung für Ihre Angabe: „man habe die Schöffengerichte zur Aburtelung des Straffalls des § 320 StrGB. für weniger geeignet erachtet", nicht herzunehmen. Dieselben ergeben Folgendes:

Nachdem in der Sitzung vom 13. November 1875 S. 183 der Prot. in Bezug auf eine Anzahl von §§ des StGB. Ausnahmen von der Bestimmung unter Nr. 2 des § 14 Regierungs-Entwurfs — welcher alle nur mit Gefängniß bis zu 3 Monaten oder Geldstrafe bis zu 600 Mark bedrohte Vergehen unbedingt der Zuständigkeit der Schöffengerichte überweisen wollte — befürwortet worden waren, beantragte die in derselben Sitzung ernannte Subkomm. in der folgenden (101.) Sitzung S. 199: jene Nr. 2 des § 14 des Entwurfs nur durch den Zusatz:

> „Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf das in § 320 des StGB. bezeichnete Vergehen."

zu ändern, außerdem aber dem Schöffengericht in zwei neuen Nummern 3 und 4 gewisse mit höheren Strafen bedrohte Vergehen mit der Anweisung zuzuweisen, daß der Straffall an das Landgericht zu verweisen sei, sobald das Schöffengericht eine andere oder höhere Strafe, als die unter Nr. 2 des § 14 des Entw. bezeichnete, der Sachlage für angemessen erachte.

Jener, den § 320 StGB. betreffende ersterwähnte Antrag wurde von der Justizkomm. in derselben Sitzung S. 207 der Prot. angenommen, und es geschieht dieses § im ganzen Laufe der Berathungen der Komm. nicht weiter Erwähnung, während die Besprechung über die vorgedachten weiteren Vorschläge der Subkomm. fortgesetzt wurde (S. 321—324, 595—609, 708—712 der Prot.) und die Vereinbarung über die jetzt in den §§ 27, 29, 74, 75 des GVG. enthaltenen Vorschriften zur Folge hatte.

So wenig, wie diese Geschichte der Entstehung der auf den § 320 StGB. bezüglichen Vorschrift des § 27 Nr. 2, steht aber meines Erachtens auch der Inhalt der letztgedachten vier §§ Ihrer Ansicht, daß auch die Ueberweisung des Straffalls des § 320 StGB. an die Schöffengerichte (§ 75 GVG.) unstatthaft sei, zur Seite.

Von jenen 4 §§ regelt der § 27 die Grenzen der eigentlichen Zuständigkeit der Schöffengerichte; erst der § 29 erwähnt der den Gegenstand des § 75 bildenden Ueberweisung an sich zur Zuständigkeit der Landgerichte gehöriger Sachen an die Schöffengerichte. Wenn daher der § 27 unter Nr. 2 von seiner Vorschrift, daß für die mit höchstens 3 Monat Gefängniß oder 600 Mark Geldstrafe bedrohten Vergehen die Schöffengerichte zuständig seien, in Bezug auf den hier in Rede stehenden Straffall des § 320 StGB. und ferner im Betreff der in § 74 speziell bezeichneten Vergehen eine Ausnahme anordnet, so folgt aus dieser Bestimmung ein Mehreres nicht, als daß hinsichtlich der von der Regel der Zuständigkeit der Schöffengerichte ausgenommenen Straffälle, die Zuständigkeit der Landgerichte eintritt, nicht aber, daß auch eine „Ueberweisung" (§ 75) — von der im § 27 und den vorangegangenen §§ noch gar nicht die Rede ist — unzulässig sein solle.

Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung ist auch — scheint mir — vom Gesetz dadurch unzweideutig anerkannt, daß in Bezug auf die vorerwähnten, im § 74 aufgeführten Straffälle im § 75 unter Nr. 14 ausdrücklich ausgesprochen ist, daß auch eine Ueberweisung derselben an die Schöffengerichte unstatthaft sei. Denn dieses Ausspruchs hätte es nicht bedurft, wenn die Unzulässigkeit der Ueberweisung schon aus der vorerwähnten Ausnahme-Bestimmung in § 27 Nr. 2 gefolgt wäre. Bedurfte es aber hinsichtlich der Fälle des § 74 einer, die „Ueberweisung" ausdrücklich verbietenden Vorschrift, so wäre sie im Be-

treff des im § 27 Nr. 2 neben dem § 74 aufgeführten Straffalle des § 320 StGB. in völlig gleichem Maße dann nöthig gewesen, wenn auch dieser Straffall nach der Absicht des Gesetzes von der Ueberweisung (§ 75) hätte ausgeschlossen werden sollen. Es muß daher daraus, daß des § 320 StGB. im § 75 Nr. 14 nicht erwähnt ist, gefolgert werden, daß im Betreff dieses Straffalls eine solche Absicht nicht vorgewaltet habe.

Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß durch die Worte des Schlußsatzes des Abs. 1 des § 75:

> „wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß wegen des Vergehens auf keine andere und härtere Strafe, als auf die im § 27 Nr. 2 bezeichnete — zu erkennen sein werde"

an den Tag gelegt sei, daß der § 75 ausschließlich solche Straffälle im Auge habe, bei denen eine Ueberschreitung der im § 27 Nr. 2 bezeichneten Strafmaße möglich sei, daß mithin, da diese Voraussetzung bei dem § 320 StGB., mit Rücksicht auf sein Strafmaß von höchstens 300 Mark oder 3 Mon. Gefängniß nicht zutreffe, von einer „Ueberweisung" der Strafthat dieses § Seitens des Landgerichts an das Schöffengericht überhaupt nicht die Rede sein könne. Diese Deduktion würde mit der Aufnahme der Vorschrift: „daß die im § 74 bezeichneten Vergehen der Ueberweisung nicht unterliegen sollten" in den § 75 Nr. 14 nicht vereinbar sein. Daß die im § 74 erwähnten strafbaren Handlungen — wie Sie S. 49 Ihres Kommentars sagen — „durchgängig" solche seien, welche nach Maßgabe der gesetzlich angedrohten Strafe im Hinblick auf die allgemeine Bestimmung in § 27 Ziffer 2 „zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören würden" — ist zwar wohl nicht richtig, da z. B. (ad 1 des § 74) die Strafe des § 13 des Ges. vom 25. October 1867 bis zu 6 Mon. reicht; (ad 2) nach den §§ 206 und 249 beim Vorhandensein mildernder Umstände auf Geldstrafe bis zu 3000 Mark erkannt werden kann. Dagegen fallen allerdings die Strafen bei Nr. 4 des § 74 GVG. sämmtlich, und bei den übrigen Nummern zum überwiegend größten Theile unter das Strafmaß des § 27 Nr. 2; bei ihnen scheidet daher die Möglichkeit einer Ueberschreitung der Strafgrenzen des § 27 Nr. 2 aus. Wäre also das Gesetz davon ausgegangen, daß auf derartige Straffälle der § 75 überhaupt keine Anwendung finde, so hätte es nicht im Betreff der erwähnten Straf-

thaten des § 74, wie im § 75 Nr. 14 geschehen, ausdrücklich die Unzulässigkeit der Ueberweisung als eine „Ausnahme" von der Vorschrift dieser Nr. 14 speciell anordnen können. Dadurch, daß dies gleichwohl geschehen, ist unzweideutig zu erkennen gegeben, daß aus der Ausschließung gewisser nach § 27 Nr. 2 vor die Schöffengerichte gehörender Straffälle von der Zuständigkeit dieser Gerichte, nicht auch auf die Unzulässigkeit der Ueberweisung derselben Seitens des Landgerichts an das Schöffengericht (in Fällen besonderer Einfachheit der einzuleitenden Untersuchung) geschlossen werden dürfe, und daß aus diesem Grunde für nöthig erachtet worden sei, im Betreff der Straffälle des § 74 die Zulässigkeit der Ueberweisung ausdrücklich auszuschließen.

Hiervon ausgegangen, folgt weiter, daß, da die hierauf bezügliche Bestimmung des § 75 Nr. 14 lediglich die Straffälle des § 74, nicht auch den mit diesem zugleich im § 27 Nr. 2 von der Zuständigkeit der Schöffengerichte ausgeschlossenen, den Gegenstand unserer Meinungsverschiedenheit bildenden § 320 StGB. von der Zulässigkeit der „Ueberweisung" ausnimmt, diese im Betreff des § 320 statthaft ist. Es ist dies auch wohl de lege ferenda vollkommen gerechtfertigt, da schon die Ausschließung dieses Straffalls von der Zuständigkeit der Schöffengerichte — wie auch der Abgeordnete Thilo S. 204 der Prot. hervorhob — erheblichen Bedenken unterlag.

Daß ich bei der Besprechung mehrerer §§ die bezüglichen Ausführungen beider Kommentare vollständig wiedergegeben habe, hat seine Veranlassung in meiner Absicht — die Sie billigen werden — einige Abschriften dieses Schreibens anfertigen zu lassen, um einer Anzahl von Fachmännern, auf deren Urtheil ich Werth lege, Gelegenheit zu einer Prüfung zu geben, ob die mir von Ihnen gemachten Vorwürfe von „Unrichtigkeit" „Uebersehen" und dergl. in der That so gerechtfertigt sind, wie Ihre betreffenden Bemerkungen annehmen lassen. Sollte ein Herausgeber einer juristischen Zeitschrift, mit Rücksicht auf die in dem Schreiben enthaltene Besprechung von Kontroversen den Wunsch, dasselbe abzudrucken gegen mich aussprechen, so würde ich kein Bedenken finden, demselben stattzugeben.

Mit ausgezeichneter Hochachtung u. s. w.

Ist es unbedingt unzulässig, den Angeklagten allein auf Grund seines in der Hauptverhandlung abgelegten Geständnisses zu Strafe zu verurtheilen? §§ 243, 244, 260, 289 StPO.

Diese für den Strafproceß nicht unwichtige Frage ist in der Allgemeinheit und Bestimmtheit, wie sie vorstehend formulirt worden, — — abgesehen von einer demnächst zu erwähnenden Bemerkung des Dr. Geyer — nur von Thilo, Fuchs und Löwe beantwortet worden. Ihre Ansichten weichen von einander ab.

Thilo sagt S. 279. 1 zu § 243 StPO.:

„Auch wenn der Angekl. ein vollständiges und umfassendes, dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens entsprechendes Geständniß abgelegt hat, folgt auf die Vernehmung desselben die Beweisaufnahme. Letztere wird allerdings beschränkt sein, weil in der Regel bei vorliegendem Geständnisse die Staatsanwaltschaft und der Angekl. übereinstimmend auf die Erhebung einzelner Beweise verzichten werden (§ 244 Abs. 1)."

Dagegen führt

Löwe, gleichfalls bei Besprechung des § 243, S. 610. 2 aus:

„Aus der Bestimmung des Abs. 1 ist nicht zu folgern, daß das Gericht sich niemals mit einem Geständniß des Angekl. begnügen dürfe, und daß nach der Vernehmung des letzteren unter allen Umständen eine weitere Beweisaufnahme eintreten müsse. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (§ 260) ist es völlig zulässig, eine Verurtheilung des Angekl. ausschließlich auf das Geständniß desselben zu gründen und bei geringfügigen Delikten wird ein solches sogar in

der Regel die weitere Beweisaufnahme entbehrlich machen. Bei schwereren Straffällen liegt es in der Natur der Sache, daß das Gericht seltener von einer Beweisaufnahme völlig absehen wird, und in schwurgerichtlichen Sachen kommt überdies hinzu, daß die Würdigung des Geständnisses den Geschworenen zufällt und daß das Gericht meistens nicht mit Sicherheit übersehen wird, ob dasselbe von den Geschworenen für überzeugend und für erschöpfend werde erachtet werden."

Hiermit übereinstimmend bemerkt er zu § 289 Note 2 S. 676:

„Das Gesetz schließt es nicht absolut aus, daß in Folge des Geständnisses des Angekl. eine weitere Beweisaufnahme (im schwurgerichtlichen Verfahren) unterbleibt."

Fuchs (von Holtzendorff's Handbuch des Deutsch. StPR. B. II S. 66) berührt die Frage bei Besprechung der Vorschrift des § 253 StPO. Er erklärt vorweg die Verurtheilung des Angekl. auf Grund stattgehabter Verlesung eines zu nichtrichterlichem Protokoll abgegebenen Geständnisses für unstatthaft, und fährt dann fort:

„Wenngleich darüber wohl kaum ein Zweifel obwalten wird, daß der erkennende Richter auf ein vor ihm mündlich abgegebenes Geständniß ausschließlich und ohne weitere Beweisaufnahme sein Urtheil stützen kann,[13]) so erscheint dies doch beim bloßen Verlesen eines von einem anderen Richter aufgenommenen Protokolls schon deshalb höchst bedenklich, weil u. s. w."

In der vorstehend angedeuteten Note 13 fügt er indeß hinzu:

„Freilich bestimmt § 243 ohne Unterscheidungen zu machen, daß nach der Vernehmung des Angekl. die Beweisaufnahme erfolgen soll, allein da andererseits nach § 253 Geständnisse des Angekl. zum Zwecke der Beweisaufnahme sogar verlesen werden können, so ist die Beweisaufnahme wohl nur bei nicht geständigen Angekl. obligatorisch."

Eine ausdrückliche auf die vorliegende Streitfrage bezügliche Vorschrift enthält die StPO. nicht. Auch aus dem § 211 Abs. 2 derselben, welcher unter gewissen Voraussetzungen bei „Uebertretungen" nicht nur die Zuziehung von Schöffen für entbehrlich, sondern — wie auch Löwe S. 573. 12a und von Schwarze S. 375 Nr.

2 und 3 annehmen — auch das Geständniß des Angekl. zu seiner Verurtheilung für ausreichend erachtet, wird ein Anhalt für die Verneinung jener Frage nicht herzunehmen sein, da sein nächster Zweck dahin geht, für einen besonderen Fall eine Ausnahme von der Regel anzuordnen, daß in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen die Hauptverhandlung unter Zuziehung von Schöffen stattzufinden habe. Dasselbe gilt von den singulären Vorschriften der §§ 449, 453, 459.

Dagegen dürfte der Ansicht von Fuchs und Löwe auf Grund des § 260, nach welchem über das Ergebniß der Beweisaufnahme das Gericht nach seiner freien Ueberzeugung entscheiden soll, der Vorzug vor der Meinung Thilo's gebühren. Daß der Ausdruck „Beweisaufnahme" hier nicht im engeren Sinne — im Gegensatze zu Erklärungen des Angekl. — aufzufassen ist, ergeben nicht nur die folgenden Worte: „aus dem Inbegriffe der Verhandlungen", welche die Auslassungen des Angekl. mit umfassen, sondern entspricht auch dem der StPO. zum Grunde liegenden Prinzip, daß das Gericht an Beweisregeln überhaupt nicht gebunden sein soll. Mit diesem Grundsatze — von dem es in den Mot. S. 144 heißt: er liege allen in neuerer Zeit ergangenen deutschen Strafprozeßordnungen zu Grunde — würde es nicht vereinbar sein, wenn das Gesetz ein vollkommen überzeugendes Geständniß des letzteren zu dessen Verurtheilung nicht für ausreichend erachtet hätte. Wäre dies gleichwohl beabsichtigt, so hätte es eines ausdrücklichen darauf bezüglichen Ausspruchs in der StPO. bedurft.

Könnte die Bestimmung des Abs. 2 § 243 hier für anwendbar erachtet werden, so würde auch aus ihr ein Argument für Löwe's Ansicht herzunehmen sein. Denn die Vorschrift: „daß es zur Ablehnung eines Beweisantrages eines Gerichtsbeschlusses bedarf", setzt voraus, daß das Gericht zu einem solchen Beschlusse befugt ist; und was von einem einzelnen Beweisantrage gilt, muß, Mangels einer ausdrücklichen Beschränkung auf alle Anwendung finden. Die Worte jenes Abs. würden daher den Schluß rechtfertigen, daß das Gericht von einer Beweisaufnahme Abstand nehmen könne, wenn ihm dieselbe mit Rücksicht auf die Sachlage — also auch wegen des umfassenden Geständnisses des Angekl. — entbehrlich erscheine. Allein der § 243 Abs. 2, will nur aussprechen, daß es bei so wichtigen Anordnungen,

wie die Ablehnung eines Antrages auf Beweiserhebung, eines Beschlusses des Gerichts, im Gegensatze zum Vorsitzenden bedürfe, nicht aber eine Bestimmung darüber treffen, unter welchen Umständen es einer Beweisaufnahme nicht bedürfe. Ebensowenig läßt sich aber auch aus dem Abs. 1 des § 243: „Nach der Vernehmung des Angekl. folgt die Beweisaufnahme" etwas zur Widerlegung von Löwe's Ansicht herleiten. Denn diese Vorschrift ist in gleicher Weise, wie die der §§ 242, 259, 290 — dazu bestimmt, den Gang des Verfahrens in der Hauptverhandlung, also die Reihenfolge der in derselben vorzunehmenden Operationen zu bezeichnen, nicht aber Anordnungen in Bezug auf die — hier in Rede stehende — Nothwendigkeit bzhw. Erläßlichkeit einer Beweiserhebung zu treffen. Bedürfte diese Behauptung einer Unterstützung, so dürfte sie darin zu finden sein, daß an Stelle des im § 206 des Entw. (§ 243 der StPO.) gebrauchten Ausdrucks „erfolgt", welcher für gleichbedeutend mit „hat stattzufinden" gehalten werden könnte, in der StPO. das Wort „folgt" getreten ist.

Das nach obiger Ausführung aus der Vorschrift des § 260 für die hier vertheidigte Meinung herzuleitende Argument wird wesentlich an Gewicht gewinnen, wenn die Nachtheile erwogen werden, welche mit der Durchführung des von der Gegenseite befürworteten Grundsatzes unbedingter Unentbehrlichkeit einer Beweiserhebung für die Strafrechtspflege verknüpft sein würden. Hat beispielsweise der Angekl. in einer einfachen wegen leichter Körperverletzung gegen ihn eingeleiteten Untersuchung nicht nur die sämmtlichen ihm zur Last gelegten Handlungen mit allen von der Staatsanwaltschaft angegebenen Einzelheiten, sondern auch seine bei denselben leitend gewesene Absicht, den Behauptungen der Anklage entsprechend, in der Hauptverhandlung mit der Bitte um milde Strafe zugestanden, hegt auch so wenig einer der Richter, bzhw. Schöffen, als der Staatsanwalt oder ein etwa gegenwärtiger Vertheidiger in irgend einer Beziehung ein Bedenken gegen die Wahrhaftigkeit seines Geständnisses, sind vielmehr Alle darüber einig, daß der Verurtheilung des Angekl. auf Grund desselben nichts entgegenstehe, es ist aber der von der Staatsanwaltschaft vorgeladene Belastungszeuge ausgeblieben, so müßte nach der Ansicht Thilo's — der zwischen den im Termin erschienenen und den ausgebliebenen Zeugen nicht unterscheidet, vielmehr das Geständniß des Angekl. ausnahmslos zu seiner Verurtheilung für unzulänglich, eine Beweisauf-

nahme daher — wenn auch im beschränkten Umfange — stets für erforderlich hält, — die Hauptverhandlung unterbrochen und die Anberaumung eines neuen Audienztermins beschlossen werden, um in demselben das ganze Verfahren zu wiederholen und jene Zeugen abzuhören. Ist der Angekl. verhaftet, (§ 112 Nr. 2. 3 StPO.) das Gericht auch der Ueberzeugung, daß mit Rücksicht auf die gerichtskundige momentane Abwesenheit des Zeugen von seinem Wohnorte, bis zu der neuen Hauptverhandlung ein Zeitraum verlaufen werde, welcher die Dauer der den Angekl. voraussichtlich treffenden Freiheitsstrafe übersteige — so könnte das den Vertagungs-Beschluß nicht abwenden. Mit einer gesunden Strafrechtspflege dürfte sich eine derartige Einrichtung nicht vereinigen lassen.

Soll Thilo's Hinweisung auf den § 244 Abs. 1 dahin aufgefaßt werden, daß in der Vorschrift desselben eine Unterstützung für seine Ansicht herzuleiten sei, so darf auf die Ausführung in der die §§ 244, 245 betreffenden Abhandl. S. 1 folg. Bezug genommen werden, welche nachzuweisen sucht, daß der § 244 ausschließlich die Verpflichtung des Gerichts zur Erhebung desjenigen Beweises zum Gegenstande hat, dessen Material — Zeugen, Sachverständige, Urkunden u. s. w. — in der Hauptverhandlung gegenwärtig ist, bzhw. bereit liegt, daß derselbe dagegen die allgemeine Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beweiserhebung nöthig oder entbehrlich ist, gänzlich unberührt läßt. Für die hier zu prüfende Meinungsverschiedenheit folgt aus dem § 244 ein Mehreres nicht, als daß das Gericht — so unzweckmäßig diese Anordnung auch sein mag — die in der Hauptverhandlung anwesenden Zeugen, gleichviel, ob es deren Vernehmung mit Rücksicht auf das vom Angekl. abgelegte Geständniß für entbehrlich, oder aus anderen Gründen für zwecklos hält, Mangels Einverständnisses des Staatsanwalts und des Angekl. über den Fortfall der Erhebung einzelner Beweise, sämmtlich abzuhören genöthigt ist. Darüber hinaus, also über die Frage, ob ein Geständniß des Angekl. das Gericht in keinem Falle berechtigt, von jeder Beweisaufnahme Abstand zu nehmen, dasselbe also genöthigt ist, behufs Abhörung eines in der Hauptverhandlung ausgebliebenen Zeugen die letztere zu unterbrechen, läßt sich aus dem § 244 nichts hernehmen.

Die Eingangs erwähnte Bemerkung von

Geyer (von Holtzendorff's Handbuch des StP-R. B. I S. 263 Nr. 4) dahin lautend:

„Unverbrüchlich aber ist daran festzuhalten, daß auf das Geständniß allein keine Verurtheilung gebaut werden darf."

würde, ohne Berücksichtigung des Vorangegangenen und Nachfolgenden für eine Bestätigung der Ansicht Thilo's gelten müssen. Sie will aber nur sagen, daß der Richter, um auf ein Geständniß des Angekl. dessen Verurtheilung zu gründen, sich zu vergewissern habe, daß die von diesem eingestandene Strafthat auch wirklich objektiv begangen sei, daß also der Verdacht einer unbegründeten Selbstanklage ausgeschlossen sein müsse. Geyer sagt vorweg S. 261:

Wie jede andere, so habe vorzugsweise eine von einem Beschuldigten selbst zu seinem Nachtheile abgegebene Aussage die Präsumtion der Wahrhaftigkeit (Aufrichtigkeit) für sich. Es könne im Allgemeinen gesagt werden: „Je größer und sicherer der Nachtheil sei, der den Aussagenden in Folge seiner Aussage treffen könne, desto höher steige die Wahrscheinlichkeit, daß die trotzdem gemachte Aussage auf Wahrheit beruhe."

Er schließt aber hieran die Betrachtung:

„daß auch Gründe vorwalten könnten, die ausnahmsweise den Beschuldigten z. B. im Interesse fremden Wohles (als Aufopferung für einen Anderen) zu einem unwahren Geständniß führen; und ferner, daß sich der Angekl. bei seinem Geständniß in Bezug auf den Erfolg seiner Handlung im Irrthum befinden könne. Nach beiden Richtungen hin habe der Richter zum Zwecke seiner Ueberzeugung von der Zuverlässigkeit des Geständnisses seine Prüfung zu richten, namentlich in letzterer Beziehung sich durch sachverständiges Gutachten Bürgschaft zu verschaffen."

Im unmittelbaren Anschluß hieran fährt er fort S. 263:

„Damit ist natürlich nicht gesagt, daß dort, wo die Aussage beeidigter Sachverständiger nicht zu beschaffen ist, nicht möglicherweise das Geständniß des sachkundigen Verbrechers beruhigende Gewißheit selbst über solche Umstände gewähren kann, deren Beurtheilung Sachkenntnisse fordert".

Mit dieser Aeußerung in Verbindung mit den erwähnten Bemer-

kungen über die für die Wahrhaftigkeit eines Geständnisses sprechende Präsumtion würde es schon nicht vereinbar sein, aus dem oben angeführten Satze: „Unverbrüchlich ist daran festzuhalten“ u. s. w. zu folgern, daß Geyer zur Unterstützung eines Geständnisses unbedingt eine Beweisaufnahme für nöthig erachte. Er schließt aber den mit jenen Worten beginnenden Passus seiner Ausführung mit dem Satze:

> „Wo weder eine materielle Spur des angeblichen Verbrechens noch eine ideelle in der Erinnerung der Menschen zu finden ist, entsteht die Befürchtung, daß die Selbstanklage entweder auf Selbsttäuschung, oder auf der Absicht, den Richter zu täuschen beruht“.

Hierdurch giebt Geyer zu erkennen, daß er — mindestens vorzugsweise — die Selbstanklage ins Auge gefaßt hat, nicht aber die Zulänglichkeit eines vollständigen und allseitig für wahrhaftig erachteten Geständnisses zur Verurtheilung des Angekl. in solchen Fällen bezweifelt, wo die Staatsanwaltschaft auf Grund ihr gemachter Anzeige — der Regel nach auch stattgehabter Ermittelungen — eine Anklage erhebt, und die Aufnahme des von ihr angebotenen Beweises in der Hauptverhandlung nur wegen Ausbleibens der Zeugen u. s. w. unausführbar ist. Theilte aber Geyer auch die Ansicht Thilo's, so würde doch der Werth seiner Meinung für diese Abhandlung, deren Aufgabe in der Prüfung der Streitfrage an der Hand der Vorschriften der StPO. besteht, von geringerer Bedeutung sein, weil derselbe sich bei seinen Ausführungen auf dem Boden der allgemeinen Rechtstheorie bewegt, die hier ins Auge zu fassenden §§ 243, 244, 260 StPO. aber einer Prüfung nicht unterwirft. Seine vorerwähnten — vollkommen zutreffenden — Bemerkungen über die möglichen Gründe eines wissentlich oder aus Irrthum unwahr abgelegten Geständnisses, so wie seine gleichfalls durchaus berechtigten Ermahnungen zur Sorgfalt bei der Prüfung eines Geständnisses liegen außerhalb der Grenzen derjenigen Erwägungen, mit welchen sich diese Abhandlung zu beschäftigen hat. Lediglich die Frage ist hier zu prüfen: ob aus den §§ 243, 244, oder anderen Vorschriften der StPO. die Unerläßlichkeit einer Beweisaufnahme neben einem Geständniß herzuleiten sei. Daß mit der Verneinung dieser Frage die Anerkennung der ernsten Pflicht des Richters, jedes mögliche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Geständnisses gewissenhaft zu erwägen und zu be-

rücksichtigen, vollkommen vereinbar ist, wird des Nachweises nicht bedürfen.

Diese Pflicht wird sich in doppeltem Maße bei dem schwurgerichtlichen Verfahren geltend machen. An sich werden aber die in Bezug auf den gewöhnlichen Strafprozeß angeführten Gründe — Mangels einer hierauf bezüglichen Unterscheidung der StPO. zwischen den beiden Arten des Verfahrens — die Ansicht von Fuchs und Löwe auch im Betreff des schwurgerichtlichen Strafprozesses unterstützen. Daß Letzterer hier die Beweiserhebung, ungeachtet des Geständnisses als die Regel anerkennt, hat er durch die Worte: „Das Gesetz schließt nicht absolut aus u. s. w." deutlich zu erkennen gegeben.

Dalcke bemerkt im Anschluß an die Vorschrift des § 289: „Nach der Beeidigung der Geschworenen erfolgt die Verhandlung in der Sache selbst" S. 180 Note 3:

> „Der Umstand, daß der Angekl. sich schuldig bekennt, schließt die Beweisaufnahme nicht aus. Das Schuldbekenntniß hat vielmehr nur noch den Werth eines Beweismittels, wenn selbstverständlich eines sehr hervorragenden (regina probationum)."

Hieraus wird zunächst zu schließen sein, daß er in Bezug auf das gewöhnliche Verfahren die Ansicht von Fuchs und Löwe theilt, da er anderenfalls vorgezogen haben dürfte, die Frage bei den §§ 243, 244 zu besprechen. Dagegen scheint hinsichtlich des schwurgerichtlichen Prozesses angenommen werden zu dürfen, daß er entgegengesetzter Meinung ist. Denn, lassen auch die Worte des ersten Satzes: „schließt die Beweisaufnahme nicht aus", dies zweifelhaft erscheinen, so geht doch aus der Fassung des 2. Satzes: „hat vielmehr nur noch den Werth eines Beweismittels" hervor, daß Dalcke in dem Verfahren vor den Geschworenen die Beweisaufnahme auch bei vollständigem und glaubwürdigem Geständniß des Angekl. für unentbehrlich hält. Da derselbe jedoch Gründe für seine hier unterstellte Unterscheidung zwischen beiden Prozeßarten nicht angiebt, so kann nur auf die vorstehende Ausführung Bezug genommen werden.

Auch Hugo Meyer spricht sich in seiner Abhandlung: „Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten" (v. Holtzendorff a. a. O. S. 116) nicht mit Bestimmtheit darüber aus, ob er das

Geständniß des Angekl. ohne weitere Beweisaufnahme für ausreichend zur Verurtheilung desselben erachte. Er sagt vorweg, daß ein solches, so wie auch vorliegende Strafausschließungsgründe die Mitwirkung der Geschworenen nicht ausschließen, und fährt dann fort:

„Was nämlich zunächst das Geständniß betrifft, so hat sich die StPO. mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß dasselbe niemals mehr sein kann, als ein Beweismittel, und daß, da der Spruch der Geschworenen, wie nachgerade allseitig anerkannt ist, einen Theil des gerichtlichen Urtheils vertritt, von einer Ersetzung des Wahrspruchs durch das Geständniß niemals die Rede sein könne. Auch wenn ein Geständniß des Angekl. vorliegt, bedürfen die betreffenden Thatsachen der gerichtlichen Feststellung, und wenn diese Feststellung sonst den Geschworenen obliegt, ist es richtig, dieselbe auch im Falle eines Geständnisses den Geschworenen zu überweisen."

Bei den Berathungen der Just.-Kom. ist die hier vorliegende Frage überhaupt nicht besprochen worden. Prot. 367—370, 949, 401, 968. Dasselbe gilt von dem „Berichte" derselben zur StPO. S. 64, 73—75. Die Mot. zu dem Entw. der StPO. lassen dieselbe bezüglich des gewöhnlichen Verfahrens unberührt (§ 206 des Entw., § 243 StPO.; § 220 Entw. § 260 StPO.). Im Betreff des § 206 des Entw. heißt es zwar S. 137: „Nach der Vernehmung des Angekl. über die Anklage soll die Beweisaufnahme erfolgen. Rücksichtlich dieser werden die Befugnisse des Vorsitzenden durch den Abs. 2 des § näher begrenzt". Allein abgesehen von der oben erwähnten Aenderung des Wortes „erfolgen" in „folgen" so wie davon, daß des Falles eines von dem Angekl. abgelegten Geständnisses hier gar nicht Erwähnung geschieht, so zeigt auch das Marginale: „Fälle, in denen es bei der Beweisaufnahme eines Gerichtsbeschlusses bedarf", daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beweisaufnahme nothwendig sei, dort außer Betracht geblieben ist.

Dagegen könnte auf den ersten Blick aus dem, was die Mot. S. 169 bei der Besprechung des § 247 des Entw. (§ 289 StPO.; Verfahren vor den Geschworenen) bemerken, gefolgert werden, daß die Verfasser der Mot. die in dieser Abhandlung vertheidigte Ansicht nicht theilen. Es heißt dort:

„Die Verhandlung beginnt mit der Vernehmung des Angekl., an welche sich die Beweisaufnahme schließt.

Dem Entwurf mußte der Gedanke fern bleiben, daß der Angekl. unter Verzicht auf eine Beweisführung sich der Anklage unterwerfen dürfe; der Entwurf erblickt in dem Geständniß nur ein Beweismittel, nicht einen Ersatz für den Schuldspruch".

Nachdem darauf die Regel der englischen Rechtsübung, daß es eines „Juryverdiktes" nicht bedürfe, wenn der Angekl. guilty plädire, bekämpft worden, ist weiter gesagt:

„Jedenfalls ist dem deutschen Rechte die Anschauung fremd, daß der Angekl. auf Beweisführung verzichten dürfe, und daß der Richter der Pflicht einer eingehenden Prüfung der Schuldfrage überhoben sei. Diese Anschauung entbehrt auch der inneren Berechtigung. Denn in demselben Maße, wie die Gewißheit der Schuld des Angekl. Grundbedingung für die Erreichung des Strafprozeßzweckes ist, in demselben Maße bleibt der Richter auch neben dem Geständniß des Angekl. verpflichtet, sich die Ueberzeugung von der Schuld desselben zu verschaffen. Nicht deswegen, weil der Angekl. sich dem Uebel der Strafe unterwerfen will, sondern weil er Strafe verdient, soll er gestraft werden. Dem Geständnisse darf also im Strafverfahren nur die Bedeutung eines Beweismittels beigelegt werden. Mag es auch als „regina probationum" anerkannt werden, so bleibt es doch in den Kreis der probationes gebannt, und kann niemals den Schuldspruch ersetzen."

Zunächst deutet jedoch das, diese gesammte Ausführung umfassende Marginale: „Nothwendigkeit eines Geschworenenspruchs trotz Geständnisses des Angekl." darauf hin, daß der eigentliche Gegenstand der ersteren nicht die Prüfung hat sein sollen, ob der Richter bei vorliegendem Geständniß unter allen Umständen noch anderweiten Beweis zu erheben gezwungen sei, daß es sich vielmehr darum handelt, ob der Angekl. sich der Anklage unterwerfen, d. h.: Das Gericht von der Prüfung seiner Schuld entbinden könne. Diese Frage wollen die vorstehend mitgetheilten Aeußerungen der Mot. verneint wissen; und dies mit Recht. Ob der Angekl. sich der ihm zur Last gelegten That so, wie behauptet wird, schuldig gemacht habe, soll

der Richter vollkommen ebenso und mit derselben pflichtgetreuen Sorgfalt prüfen, wenn ihm nur das Geständniß vorliegt, als wenn er außerdem das Ergebniß einer stattgehabten Beweisaufnahme zu beurtheilen hat.

Auch der Satz der Mot.: „Dem Geständnisse darf also im Strafverfahren nur die Bedeutung eines Beweismittels beigelegt werden", kann, gegenüber den oben besprochenen Vorschriften der StPO., einen Zwang ausnahmsloser Beweiserhebung neben einem vollständigen Geständniß des Angekl. nicht rechtfertigen. Denn, ist das Geständniß, wie die Mot. ausdrücklich anerkennen, ein „Beweismittel", so muß der Richter bei mangelnder entgegenstehender Vorschrift auch berechtigt sein, den Beweis für die Schuld des Angekl. aus diesem Beweismittel zu entnehmen.

Endlich würde man vergebens nach einem haltbaren Grunde forschen, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, dem Gericht das Recht, über den Angekl. das „Schuldig" auszusprechen zu versagen, wenn ihm nur ein allseitig für vollständig und überzeugend erachtetes Geständniß vorliege, dagegen demselben jenes Recht einzuräumen, sofern er nur noch einen, wenngleich für unglaubwürdig von ihm gehaltenen Zeugen abgehört hätte. Gleichwohl würde dies die Konsequenz der von Fuchs und Löwe's Ansicht abweichenden Meinung über die vorliegende Frage sein.

Nothwendigkeit der Beeidigung des Sachverständigen vor der Erstattung des Gutachtens. § 79 StPO.

Daß die unter den Kommentatoren streitige Frage: ob der Sachverständige nach der Vorschrift des § 79 StPO. unbedingt den Voreid leisten müsse, oder ob seine Beeidigung unter besonderen Umständen bis nach der Erstattung des Gutachtens ausgesetzt werden dürfe, für die Strafrechtspflege von erheblichem sachlichem Interesse sei, daß also im ersten Falle ein zuverlässigeres Gutachten von dem Sachverständigen zu erwarten sei, als im letzten, die Gesetzgebung mithin Veranlassung gehabt habe, in dieser Beziehung zwischen Zeugen (§ 60) und Sachverständigen zu unterscheiden — dürfte von den Praktikern solcher Bundesstaaten, nach deren Gesetzen seither von den Sachverständigen ein Nacheid geleistet wurde, nicht anerkannt werden, ist auch von keinem der die erste Alternative vertheidigenden Kommentatoren behauptet worden. In der That werden sich auch bei den Vernehmungen von Sachverständigen, namentlich solchen, welche den niederen Ständen angehören, gegen ihre Beeidigung vor der Erstattung des Gutachtens dieselben Bedenken geltend machen, welche in Bezug auf Zeugen zu der Vorschrift des 2. Satzes des § 60 StPO. Anlaß gegeben haben. Dieselben können nicht bloß aus der Art und Weise des Gebahrens des Sachverständigen und seinen Aeußerungen über den Angekl. hergenommen werden, sondern auch in dem Falle eintreten, wenn der Angekl. den Sachverständigen abgelehnt, die dafür angeführten Gründe aber nicht sofort ausreichend glaubhaft zu machen vermocht hat. § 74 Abs. 3 StPO. — Auch ist in der Justizkomm. noch in zweiter Lesung (Prot. der 127. Sitzg. v. 6. Mai 1876 S. 683) mit guten Gründen versucht worden, dem assertorischen Eide auch in Bezug auf Zeugen den Vorzug vor dem promissorischen zu erstreiten.

Die Zweckmäßigkeitsfrage würde jedoch erst in Erwägung zu ziehen sein, wenn die einschlagenden Vorschriften einen Anhalt zu der Entscheidung, welcher von beiden Ansichten der Vorzug gebühre, nicht darböten. Dieselben lassen jedoch den Voreid des Sachverständigen als nothwendig erscheinen. Dieser Ansicht sind

Dochow. Er sagt S. 125: „Und zwar ist der Eid vor Erstattung des Gutachtens zu leisten."

Geyer in von Holtzendorff's Handbuch B. I S. 248:

„der Erstattung des Gutachtens muß nach § 79 immer die Ableistung des Sachverständigen-Eides vorangehen."

und, damit übereinstimmend S. 249:

„Die Beeidigung des noch nicht im Allgemeinen beeidigten Sachverständigen muß vor der Erstattung des Gutachtens, kann aber auch früher erfolgen, was sachgemäß ist, wenn sich Untersuchung und Begutachtung unmittelbar an einander schließen lassen."

Löwe S. 359. 3:

„Da die StPO. für die Sachverständigen eine assertorische Eidesnorm nicht aufgestellt hat, so kann die Eidesleistung immer nur promissorisch erfolgen."

Er fügt jedoch — davon ausgehend, daß die von den Betheurungsformeln der Mitglieder gewisser Religionsgesellschaften, bzhw. von der Berufung auf einen früher geleisteten Eid handelnden §§ 64 und 66 St. auch auf Sachverständige Anwendung finden — S. 360 unter Nr. 7 hinzu:

„Da das Gesetz für die dort gedachten, den Eid vertretenden Erklärungen einen bestimmten Wortlaut (Norm) nicht vorgeschrieben hat, so erscheint eine assertorische Abgabe derselben nicht ausgeschlossen."

Puchelt S. 177. 2 „Der Sachverständige hat": In diesen Eingangsworten liegt ein unbedingtes Gebot, das sich auf den ganzen Inhalt des § 79 bezieht, also a) die Nothwendigkeit der Beeidigung und b) die alleinige Zulässigkeit der promissorischen Form ausdrückt.

„Wenn v. Schwarze und Voitus doch den assertorischen Eid für statthaft erachten, so scheint dies auf der nämlichen

Auffassung zu beruhen, wie die Ansicht der Justizkomm. im Berichte über die CPO., wo aus der Bestimmung über Zeugen, (§ 356 CPO.) in Verbindung mit § 367 CPO. die Zulässigkeit des assertorischen Eides für Sachverständige behauptet wird. Indessen diese Meinung — wird für die StPO. dadurch wiederlegt, daß der § 79 nur den promissorischen Eid vorschreibt und eine Formel für den assertorischen Eid der Experten fehlt, mithin zufolge des § 72 die §§ 60, 61 insoweit nicht anwendbar sind."

Die von Löwe für die von demselben in Bezug auf die §§ 64, 66, 79 Abs. 2 statuirte Ausnahme von der Regel der Nothwendigkeit des Voreides angeführten Gründe bezeichnet Puchelt als ungenügend, schließt aber mit der Bemerkung: „daß aus der Abnahme eines assertorischen Eides jedesmal eine Nichtigkeit folge, soll nicht behauptet werden." —

Wie schon aus obiger Anführung Puchelt's folgt, ist die Zulässigkeit eines vom Sachverständigen zu leistenden Nacheides vertheidigt worden von

von Schwarze S. 214:

„Der Voreid — sagt er — ist hier unbedingt vorgeschrieben; es ist jedoch zulässig, daß der Sachverständige nachträglich den Eid leistet, daß er das von ihm erforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstattet habe — wie dies andere Gesetze ausdrücklich nachlassen."

Voitus S. 135:

„Daß hier der zweite Satz des § 60 StPO. habe ausgeschlossen werden sollen, ist mit Rücksicht auf § 72 nicht anzunehmen".

Wie schon erwähnt, wird sich diese letztere Ansicht bei eingehender Prüfung der bezüglichen Vorschriften nicht aufrecht erhalten lassen.

Ob die von Löwe und Puchelt zur Rechtfertigung der entgegengesetzten Meinung geltend gemachten Gründe für ausreichend zu erachten seien, kann zweifelhaft erscheinen. Das Argument: daß der Eid des Sachverständigen deshalb ein promissorischer sein müsse, weil die StPO. für denselben eine assertorische Eidesnorm nicht aufgestellt habe, reicht wohl zu weit. Denn die Vorschriften der StPO. und

des GVG. über die Eidesnormen und Eidesformeln sind überhaupt nicht vollständig. Hinsichtlich der letzteren enthalten die §§ 62 bzhw. 72 nur in Bezug auf Zeugen und Sachverständige eine Bestimmung; im Betreff des vom Dolmetscher (§ 191 GVG.) zu leistenden Eides fehlt eine solche. Ebenso mangelt es — wie auch von Löwe erwähnt ist — hinsichtlich der in den §§ 64 bzhw. 66, 79 Abs. 2 StPO. und § 191 Abs. 2 GVG. gedachten Erklärungen und Berufungen an einer Bestimmung, wie dieselben zu fassen seien. Dasselbe gilt im Betreff des nach dem Schlußsatze des § 55 StPO. zu leistenden Eides. Dieser § läßt den Richter im Zweifel, ob der Zeuge (zu § 51 Nr. 1) den Eid dahin: „daß er mit dem Angekl. verlobt sei", oder über die dieser Behauptung zum Grunde liegenden Thatsachen leisten soll, um den Richter in den Stand zu setzen, zu beurtheilen, ob in der That eine die Zeugnißverweigerung rechtfertigende Verlobung stattgefunden habe; ferner (zu § 54), ob die Prüfung, inwiefern das Zeugniß einem Angehörigen des Zeugen, oder diesem selbst der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen werde, sowie, ob der Rechtsbegriff „Angehöriger" für zutreffend zu erachten sei, dem Zeugen selbst anheimfalle, oder ob dieser dem Richter die erforderlichen Mittheilungen zu machen und deren Wahrheit eidlich zu erhärten habe. So, wie in allen diesen Fällen der Richter sich nicht entbrechen kann, selbst eine Norm für den vom Zeugen zu leistenden Eid zu finden, würde es auch, falls für die Unzulässigkeit des assertorischen Eides des Sachverständigen nicht andere Gründe, als der Mangel einer im § 79 erfolgten Normirung eines solchen Eides vorlägen, für zulässig zu erachten sein, diesen Eid nach Analogie der zweiten Alternative des § 61 zu normiren. Auf diesen Weg hat ja auch Löwe in der oben mitgetheilten Bemerkung unter Nr. 7 selbst hingewiesen.

Auch die von Puchelt durch Fettdruck markirten Worte: „Der Sachverständige hat" werden für entscheidend nicht gelten können. Daß sich das darin enthaltene Gebot „auf den ganzen Inhalt des § beziehe" und „die Nothwendigkeit der Beeidigung ausdrücke" ist zweifellos; für den daraus gezogenen Schluß, daß der Richter auch nicht „aus besonderen Gründen und bei vorwaltenden Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beeidigung" (§ 60) die letztere bis nach erfolgter Abgabe des Gutachtens aussetzen dürfe, bieten sie aber einen einigermaßen sicheren Anhalt nicht dar.

Jene von Löwe und Puchelt geltend gemachten Gründe erhalten aber eine wesentliche Unterstützung durch Vergleichung des § 79 mit dem § 61 in Verbindung mit dem § 72.

Nach der generellen Bestimmung dieses letzten § sollen die Vorschriften des 6. Abschnitts über Zeugen, insoweit nicht in den §§ 73 bis 93 „abweichende Bestimmungen" getroffen worden sind, auch auf Sachverständige Anwendung finden. Müßte man das Wort „Bestimmungen" im engeren Sinne auffassen, also ausdrückliche Vorschriften darunter verstehen, so würde der § 60 auch auf den Sachverständigen-Eid auszudehnen sein, da es an einer in Bezug auf diesen § eine Ausnahme von der Regel des § 72 anordnenden Vorschrift fehlt. Allein die Worte dieses letzteren § „insoweit nicht — abweichende Bestimmungen" u. s. w. werden dahin verstanden werden dürfen, daß eine Vorschrift des Abschn. 6 auch dann auf Sachverständige außer Anwendung zu lassen sei, wenn sich die Absicht des Gesetzes, von der Regel des § 72 abzuweichen, aus dem Zusammenhange der bezüglichen §§ ergebe. Dies trifft hier zu. Im unmittelbaren Anschluß an den § 60, welcher für die Zeugen den Voreid als Regel aufstellt und den assertorischen Eid ausnahmsweise zuläßt, stellt der § 61 für jeden der beiden Fälle eine nur für Zeugen passende Norm fest. Wenn nun demnächst im § 79, in ungetrennter Verbindung mit den Worten: „Der Sachverständige hat vor Erstattung" u. s. w., eine ausschließlich für den promissorischen Eid passende Norm bestimmt worden ist, so giebt sich dadurch die Absicht zu erkennen, die — im Betreff der Zeugen in zwei besonderen §§ 60 und 61 behandelten — beiden Fragen: wann der Eid und wie er zu leisten sei, in Bezug auf Sachverständige in dem einen § 79, mit einander verbunden, unter Ausschließung der für Zeugen gegebenen Vorschriften, zu erledigen. Hiervon ausgegangen, scheidet aber die Anwendbarkeit des § 60 auf Sachverständige und somit die Zulässigkeit eines assertorischen Eides von selbst aus.

Jene Absicht des Gesetzes und der Gegensatz zwischen den §§ 60, 61 einer- und dem § 79 andererseits würde zur Evidenz hervortreten, wenn dieser letztere § unmittelbar auf dem § 61 folgte; seiner lokalen Trennung von jenen beiden §§ wird aber ein Einfluß auf seine Auslegung nicht einzuräumen sein.

Die Richtigkeit der vorstehend vertheidigten Ansicht findet aber auch

in der Geschichte der Entstehung der drei §§ ihre vollkommene Bestätigung.

Der Regierungsentwurf ließ auf seinen die Beeidigung des Sachverständigen regelnden § 71 im § 72 die Vorschrift folgen: „im Vorverfahren hängt es von der Anordnung des Richters ab, ob die Sachverständigen ihr Gutachten schriftlich oder mündlich zu erstatten haben", und bestimmte dann im § 73 — also erst nach der dem § 79 StPO. entsprechenden Vorschrift — in Bezug auf die Art der Eidesleistung des Sachverständigen:

„Im Uebrigen finden die Bestimmungen über die Ladung, Vernehmung und Beeidigung der Zeugen auf Sachverständige entsprechende Anwendung".

Hierdurch war klar ausgesprochen, daß das in dem § 52 des Entw. (§ 61 StPO.) über den promissorischen und assertorischen Eid eines Zeugen Gesagte auf einen Sachverständigen keine Anwendung finden, Letzterer vielmehr stets den Voreid leisten solle. Die Justizkomm. nahm den § 73 des Entw. in erster Lesung an der vorstehend bezeichneten Stelle an (S. 86 der Prot.); gleichwohl ist in der „Zusammenstellung des Entwurfs einer StPO. mit den Beschlüssen der Kommission in erster Lesung" S. 35 zu § 73 des Entw. bemerkt: „Fällt fort" und es findet sich derselbe unter der Bezeichnung § 63a — wie jetzt in der StPO. — als erster § des Abschnitts „Sachverständige und Augenschein", im Wesentlichen in der Fassung des § 72 StPO. Diese — anscheinend von der Redaktionskomm. ausgegangene, auf Uebereinstimmung sowohl mit dem Entwurfe zur CPO. (§ 354) als mit dieser selbst (§ 367) abzielende — Stellenveränderung verschuldet den oben besprochenen Zweifel bei der Auslegung des § 79 StPO., da der § 72 jetzt, nachdem er allen Vorschriften des 7. Abschnitts vorangestellt ist, Mangels einer seine Anwendbarkeit auf den § 79 ausschließenden „Bestimmung" es zuläßt, ihn auch auf diesen zu beziehen, während sich seine Unanwendbarkeit auf letzteren von selbst ergab, wenn er die im Entwurf angewiesene Stelle hinter dem § 79 beibehalten hätte. Daß bei der Verlegung des § 72 von seinem Platze hinter dem § 79 an seine jetzige Stelle nicht beabsichtigt worden ist, seine Beziehbarkeit auf den § 79 anzudeuten, wird für zweifellos gelten müssen, da die Stellenveränderung bei den Berathungen der Justizkomm., nach Ausweis der Verhandlungen derselben, nicht zur

Sprache gekommen, geschweige denn beantragt und beschlossen worden (Prot. S. 86, 829, 833), auch in dem die StPO. betreffenden Berichte der Justizkomm. unerwähnt geblieben ist (Nr. 10 Deutscher Reichstag 2. Legisl.-Per. IV. Session 1876 S. 23). In diesem Berichte ist die Frage: ob Vor- oder Nacheid in Bezug auf Sachverständige überhaupt nicht, vielmehr nur im Betreff der Zeugen (S. 19) erwogen worden. Am Schlusse des darauf bezüglichen Passus heißt es zwar: „Den Bedenken, die in einzelnen Fällen mit Grund gegen denselben (Voreid) erhoben werden können, werde man genügend Rechnung tragen, wenn man mit dem „Entwurf einer StPO. (der Kommission) den Voreid als Regel hinstelle, von welcher aus besonderen Gründen abgewichen werden könne.“ Aus dieser allgemeinen Fassung zu schließen, daß die Justizkomm. den Nacheid auch für Sachverständige für zulässig erachtet habe, würde jedoch um so bedenklicher sein, als aus der Genehmigung der Justizkomm. zu den von einzelnen Mitgliedern erstatteten Berichten nicht eine Zustimmung der Kommission zu jeder einzelnen darin enthaltenen Bemerkung gefolgert werden darf, wie denn auch in der Verhandlung vom 17. Oktober 1876 Verwahrung dagegen eingelegt worden ist, daß den „Berichten“ die Natur einer authentischen Interpretation der Kommissions-Beschlüsse beigelegt werde (V. 161. Sitz. S. 2).

Gehören die unter die Vorschrift des § 75 Nr. 15 GVG. fallenden Vergehen, wenn die Strafe die im § 27 Nr. 2 angegebenen Grenzen nicht übersteigt, zur Zuständigkeit der Schöffengerichte?

Hinsichtlich der zwischen dem § 27 Nr. 2 und dem § 75 Nr. 15 GVG. anscheinend bestehenden Antinomie stehen die in den Kommentaren entwickelten Ansichten einander direkt gegenüber. Diejenige Meinung, welche für die in der letztgedachten Gesetzesstelle bezeichneten Vergehen die Schöffengerichte schon nach dem § 27 Nr. 2 für zuständig hält, eine Ueberweisung nach Maßgabe des § 75 mithin für ausgeschlossen erachtet, wird vertreten von

Dalcke, welcher S. 333. 5 bei Besprechung des § 75 ausführt:

> „Die Nr. 15 des § enthält etwas absolut Ueberflüssiges; denn die Zoll- und Steuervergehen, die hiernach vor die Amtsgerichte verwiesen werden können, gehören nach § 27 Nr. 2 schon gesetzlich zur Zuständigkeit der Amtsgerichte. Löwe will daraus, daß die Zoll- und Steuervergehen hier besonders genannt sind, zwar den Schluß ziehen, daß dieselben, selbst innerhalb der in § 27 Nr. 2 bezeichenten Strafhöhe, nicht schon gesetzlich zur Kompetenz der SchG. gehören; dem ist aber nicht beizupflichten. Denn der § 27 Nr. 2 spricht von allen Vergehen ohne Ausnahme, und es ist auch gar kein triftiger Grund denkbar, weshalb die Zoll- und Steuervergehen ohne eine ausdrückliche Ausnahme von der Kompetenz der SchG. ausgeschlossen sein sollten, zumal auch dem fiskalischen Interesse durch die Zulassung zweier Instanzen (Berufung und Revision) hinreichend genügt ist. In der RIK. ist auch von solchen Ausnahmen

gar keine Rede gewesen. Ein Antrag (Pfafferot) wollte sogar sämmtliche Zoll- und Steuersachen ohne Rücksicht auf die Höhe der Strafen den SchG. überweisen. Hiergegen erklärten sich allerdings mehrere Abgeordnete und ein Regierungs-Kommissar (Prot. S. 198), ohne aber dabei hervorzuheben, daß diese Gattung von Vergehen überhaupt von der Kompetenz der SchG. ausgeschlossen sein solle. Vergl. auch Anm. 1 zu § 380 der StPO.

Die Sache liegt also so, daß Zoll- und Steuervergehen innerhalb der in § 27 Nr. 2 bestimmten Strafhöhe stets vor die SchG., und wenn die Strafe die dort bezeichnete Grenze übersteigt, vor die Strafkammern gehören, und daß eine Ueberweisung hier überhaupt nicht möglich ist. Im § 463 Abs. 2 der StPO. ist auch die Zuständigkeit der SchG. in den Zoll- und Steuersachen ausdrücklich anerkannt."

Für dieselbe Ansicht entwickelt

Keller, der die Streitfrage bei § 27 Nr. 2 berührt, andere Gründe. Er sagt („Das GVG." S. 51. 9):

„Löwe, StPO.: GVG. § 75 Note 17b nimmt von den hierher gehörigen Vergehen diejenigen als Vergehen zu betrachtenden Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle aus, bei denen die Geldstrafe nicht 600 Mark übersteigt, weil sonst die Vorschrift des § 75 Z. 15 gegenstandslos wäre. Diese Ansicht erscheint irrig. Bestände eine Unvereinbarkeit zwischen beiden Gesetzesstellen, so müßte jedenfalls § 27 Z. 2, welcher die ordentliche Zuständigkeit des SchG. in Vergehungen regelt, den Vorzug vor § 75 Z. 15 haben, aus welchem nur folgerungsweise die Zuständigkeit der Strafkammern der Landgerichte entnommen werden könnte. Es ist indessen § 75 Z. 15 für diejenigen Fälle anwendbar, in welchen die regelmäßige Strafe in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe besteht, letztere aber nicht mehr ermittelt werden kann, und daher eine dem Ermessen Spielraum lassende Strafe eintritt. Z. B. nach dem Gesetze vom 12. Okt. 1867, betr. die Erhebung einer Abgabe von Salz, wird die Abgabe nach dem Gewichte, die Strafe der Defraudation nach dem vierfachen Betrage der Abgabe berechnet,

bei der Unmöglichkeit, das Gewicht der Gegenstände, bezüglich deren defraudirt ist, zu ermitteln, tritt jedoch eine Geldstrafe von 60 bis 6000 Mrk. ein (§ 16). Dagegen handelt es sich bei den übrigen Zuwiderhandlungen von einer von vorn herein ihrem Strafbetrage nach bestimmten, und für die Festsetzung der Zuständigkeit zweifellosen Summe, welche sich von den übrigen Strafandrohungen der Strafgesetze nur insoweit unterscheidet, als zu ihrer Erkenntniß noch eine Berechnung erfordert wird."

Voitus bemerkt zu § 27 Nr. 2 (S. 24, 5), daß Zoll- und Steuervergehen von der Kompetenz der Schöffengerichte nicht ausgeschlossen sind, folgt aus der allgemeinen „Fassung der Vorschrift." Die hier speciell vorliegende Frage ist von ihm nicht ins Auge gefaßt.

Die entgegengesetzte Ansicht — nach welcher die, nur mit einer die Strafgrenzen des § 27 Nr. 2 nicht übersteigenden Vergehen der Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle nur im Wege der Ueberweisung (§ 75) zur Verhandlung und Entscheidung an die SchG. gelangen können — vertheidigt, wie schon aus den vorstehenden Mittheilungen hervorgeht,

Löwe. Er sagt zu § 75 Nr. 15 in der Note 17a und b. S. 86, 87:

„a) Die Bestimmung setzt voraus, daß die im Einzelfalle vorliegende Zuwiderhandlung sich überhaupt als Vergehen darstellt; hierüber s. die Noten zur StPO. § 1. Insofern nach dem dort Bemerkten die Zuwiderhandlung als Uebertretung zu qualificiren ist, ist das SchG. ursprünglich zuständig: § 27 Nr. 1: Stellt sie dagegen ein Vergehen dar, so gehört sie zur Zuständigkeit der Strafkammer, und es ist die Ueberweisung an das SchG. statthaft, wenn die im Einzelfalle zu verhängende Geldstrafe den Betrag von 600 Mark nicht übersteigt, und auch auf keine andere Nebenstrafe, als auf Einziehung zu erkennen ist. Die Worte: „wenn anzunehmen ist", passen auf die hier gedachten Vergehen insofern nicht ganz, als bei diesen die Höhe der Geldstrafe im Voraus genau zu bestimmen ist. b) Aus der Vorschrift der Nr. 15 ergiebt sich zugleich, daß bei denjenigen Vergehensfällen, in denen die Geldstrafe 600 Mark oder weniger beträgt, die ursprüngliche Zuständig-

keit des SchG. auf Grund des § 27 Nr. 2 nicht Platz greift; denn, wenn sie Platz griffe, wäre die Vorschrift der Nr. 15 gegenstandslos."

Gleicher Ansicht ist

von Schwarze S. 23. 3: „In den Fällen des § 75 Nr. 15 (Zuwiderhandlungen gegen die Abgaben- u. s. w. Gesetze) tritt die Regel des § 27 Nr. 2 nicht ein, weil das Gesetz hier nicht, wie in den sonstigen Strafgesetzen, die Geldstrafe nach einer im Höchst- und im Mindestbetrag bestimmten Summe, sondern nach dem wechselnden Betrage der hinterzogenen Abgabe normirt."

Die für die Praxis nicht unwichtige Frage kann als zweifelhaft anerkannt werden; sie wird jedoch nach der Ansicht von Löwe und von Schwarze zu entscheiden sein.

Die „Materialien" bieten zur Lösung der Zweifel keinen Anhalt. Die „Begründung des Entwurfs eines GVG." läßt bei Besprechung des § 14 des Entw. — welcher in Bezug auf die Worte der Nr. 2: „für diejenigen Vergehen, welche nur mit Gefängniß von höchstens 3 Mon. oder Geldstrafe von höchstens 600 Mrk. bedroht sind", mit der Nr. 2 des § 27 GVG. übereinstimmte — die Frage, ob unter „Uebertretungen" und „Vergehen" auch die nicht mit einer in sich bestimmten, sondern nur unter Zugrundlegung des defraudirten Betrages durch Berechnung festzustellenden Strafe bedrohten Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle zu verstehen seien, unberührt. S. 68 ist zwar in einer Note zu § 14 Nr. 2 bemerkt: „Es gehören dahin die Fälle in §§ 121, 123 u. s. w. StGB.; vergl. auch §§ 147, 153 Gewerbeordnung." Allein die Worte: „es gehören dahin" geben deutlich zu erkennen, daß es sich dort nur um Beispiele handelt; es ist daher daraus, daß der Steuer- und Zoll-Defraudationen keine Erwähnung geschieht, ein Schluß auf die Unanwendbarkeit der Vorschrift des § 27 Nr. 2 auf derartige Defraudationen nicht zu ziehen. Auch zu der Nr. 14 des § 55 des Entwurfs — welcher der Nr. 15 des § 75 GVG. entspricht — bemerkt die „Begründung" nur zum Zwecke der Rechtfertigung der zugelassenen „Ueberweisung" jener Defraudationsfälle Seitens des Landgerichts an das Schöffengericht: „Auch diese strafbaren Handlungen seien Vergehen leichterer Art" S. 98,

Auch in der Justizkomm. ist bei den Berathungen der Vorschriften

der §§ 27 und 75 GVG. (§§ 14 und 55. Entw.) die hier vorliegende Frage nicht ins Auge gefaßt, insbesondere nicht darüber verhandelt worden, wie die Vorschrift des § 75 Nr. 15 mit der des § 27 Nr. 2 zu vereinbaren sei. Die einzige Stelle aus beiden Lesungen, welche der Steuer- und Zolldefraudationen erwähnt, ist der von Dalcke in Bezug genommene Antrag Pfafferott (Prot. S. 198), dessen Zurückweisung darauf gegründet wurde, daß es sich in solchen Untersuchungen häufig um große Summen, wie auch um sehr schwierige und verwickelte Fragen handle, die Steuersachen sich auch überhaupt wenig zur schöffengerichtlichen Kompetenz eigneten.

Da endlich der Gegenstand dieser Abhandlung auch im Reichstage unberührt geblieben ist, so muß die Entscheidung der Streitfrage allein auf den Inhalt des § 75 Nr. 15, in Verbindung mit den Eingangs- und Schlußworten des Abs. 1 dieses § und mit dem § 27 Nr. 1 und 2 gestützt werden.

Wäre der Ansicht Dalcke's, daß die Nr. 15 des § 75 etwas „absolut Ueberflüssiges" enthalte, beizutreten, so würde die Auslegung ihrer Vorschrift Schwierigkeiten nicht darbieten. Die Nr. 15 wäre dann lediglich auf einen Redaktionsfehler zurückzuführen, indem unterstellt würde, daß das Gesetz an zwei verschiedenen Stellen: dem § 75 Nr. 15 und dem § 27 Nr. 2 dasselbe gesagt habe.

So liegt die Sache aber wohl nicht. Der § 75 verordnet an den vorerwähnten Stellen in ihrer Verbindung mit einander: „Die Strafkammer kann — wegen solcher Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, deren Strafe in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe oder einer anderen Leistung besteht — die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengerichte, soweit dieses nicht schon zuständig ist, überweisen, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß wegen des Vergehens auf keine andere und höhere Strafe, als auf die im § 27 Nr. 2 bezeichnete — zu erkennen sein werde." Hiernach ist die Zulässigkeit der „Ueberweisung" in bestimmtester Weise dadurch bedingt, daß das Schöffengericht nicht schon (nach dem § 27) zuständig ist. Wenn daher derselbe § 75 hinsichtlich der Zoll- und Steuerdefraudationen, sofern sie nur mit Gefängniß bis zu 3 Monat oder 600 Mrk. Geldstrafe bedroht sind, die Ueberweisung für zulässig erklärt, so hat dadurch das Gesetz unzweideutig zu erkennen

gegeben, daß es die unter dies Strafmaß fallenden Zoll- und Steuerdefraudationen nicht zu denjenigen Vergehen zählt, welche der § 27 Nr. 2 der Zuständigkeit der Schöffengerichte zuweist. Gehörten daher solche Defraudationen nach richtiger Auslegung des § 27 Nr. 2 dennoch zur Zuständigkeit der Schöffengerichte, so enthielte der § 75 nicht etwas „Ueberflüssiges", sondern etwas absolut Unrichtiges. Die Vorschriften beider §§ ständen dann, im direkten Widerspruch, unvereinbar einander gegenüber — ein Uebelstand, der sich für das Verfahren in der Praxis auch dadurch geltend machen müßte, daß die Thätigkeit des Schöffengerichts, wie dies auch in der „Begründung" S. 70 bei Besprechung des § 29 (§ 16 des Entw.) hervorgehoben ist, bei den zu seiner Zuständigkeit gehörenden Sachen sofort nach eingegangenem Antrage der Staatsanwaltschaft, bei den ihm überwiesenen dagegen erst eintritt, wenn die Untersuchung zur Hauptverhandlung reif ist.

Eine solche Annahme zwischen Vorschriften desselben Gesetzes bestehender unlösbarer Widersprüche muß aber so lange für unstatthaft erachtet werden, als die Regeln der Gesetzauslegung auf einen Weg hinführen, auf welchem sich die anscheinend vorwaltende Antinomie ungezwungen beheben läßt. Im vorliegenden Falle dürfte in der That eine solche Antinomie nicht anzuerkennen sein.

von Schwarze's Argument: „Die Regel des § 27 Nr. 2 trete in Fällen des § 75 Nr. 15 nicht ein, weil die Geldstrafe für Zuwiderhandlungen gegen Abgaben- u. s. w. Gesetze nicht nach einer bestimmten Summe, sondern nach dem wechselnden Betrage der hinterzogenen Abgabe normirt sei", erscheint zwar nicht überzeugend, weil dasselbe auch auf die „Uebertretungen" des § 27 Nr. 1 Anwendung finden würde, mithin zu viel beweist, da darüber, daß Zoll- und Steuerdefraudationen, welche mit höchstens 150 Mark zu bestrafen sind (§ 1 StPO.), zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören, der § 463 Abs. 2 StPO. keinen Zweifel läßt.

Dagegen wird die Vereinbarung der Vorschrift des § 75 Nr. 15 mit der des § 27 Nr. 2 darin zu finden sein, daß die letztere eine allgemeine die Zuständigkeit der Schöffengerichte bezüglich der mit einem näher bezeichneten Strafmaß bedrohten Vergehen regelnde Anordnung enthält, wogegen der § 75 Nr. 15 speciell die Zoll- und Steuer-Defraudationen zum Gegenstande hat. Die in letzterem in

Bezug auf diese Klasse von Vergehen gegebene, das Verfahren wegen derselben vor den Schöffengerichten von einer Ueberweisung Seitens der Landgerichte abhängig machende Vorschrift, muß dann als eine Ausnahme von jener allgemeinen Anordnung des § 27 Nr. 2 aufgefaßt werden, und somit deren Anwendung auf die im § 75 Nr. 15 bezeichneten Vergehen ausschließen. Diese Bedeutung des § 75 Nr. 15, als einer die Regel des § 27 Nr. 2 beschränkenden Spezial-Bestimmung, würde sofort klar hervorgetreten sein, wenn sich der § 75, insbesondere dessen Nr. 15, unmittelbar an den § 27 angeschlossen hätte — wie ja auch beide §§ in der Justizkomm. verbunden mit einander berathen worden sind. Prot. S. 208, 209. Doch kann die lokale Trennung der beiden sich einander ergänzenden §§ der Beziehbarkeit der Vorschriften des einen zu denen des andern bei ihrer Anwendung in der Praxis keinen Eintrag thun.

Dalcke meint, es sei gar kein vernünftiger Grund denkbar, weshalb die Zoll- und Steuervergehen ohne eine ausdrückliche Ausnahme von der Kompetenz der Schöffengerichte ausgeschlossen sein sollten. Allein, wenn ins Auge gefaßt wird, daß das Gesetz — wie oben durch Berufung auf den § 463 Abs. 2 StPO. nachgewiesen — jene Defraudationen, insoweit sie als „Uebertretungen" zu bestrafen sind, der Kompetenz der Schöffengerichte zugewiesen, und ihnen nur die „Vergehen" entzogen hat, wird in der Rücksicht auf das niedere, bzhw. höhere Strafmaß eine — auch anderweit vielfach zur Geltung gekommen — ratio legis erkannt werden können. Ob der Richter dieselbe seinerseits für ausreichend hält, ob er in der Geschichte der Entstehung der beiden §§ eine Bestätigung für sie findet oder nicht, ist für die Auslegung der letzteren unerheblich. Er hat die Annahme einer unlösbaren Antinomie aufzugeben, wenn er sich überzeugt, daß die vorstehend befürwortete Interpretation den Regeln der Gesetzauslegung entspricht und eine, wenn auch von ihm nicht gebilligte, so doch an sich zuläßige ratio legis nachweisbar ist.

Die fernere Bemerkung Dalcke's: „Im § 463 Abs. 2 der StPO. ist auch die Zuständigkeit der Schöffengerichte in den Zoll- und Steuersachen ausdrücklich anerkannt", dürfte zur Unterstützung seiner Ansicht nicht geeignet sein. Denn dieser § ergiebt ein mehreres nicht, als daß für solche Defraudationen theils das Schöffengericht, theils das Landgericht zuständig ist, bietet mithin für die hier zu ent-

scheidende Frage, ob das Schöffengericht nur dann wenn die Defraudation eine „Uebertretung" bildet, oder auch in Fällen des § 27 Nr. 2 GVG. zuständig sei, keinen Anhalt dar.

Auch Keller's Ausführung widerlegt die oben entwickelte Ansicht nicht. Derselbe sagt: „Der § 75 Nr. 15 sei für diejenigen Fälle anwendbar, in welchen die regelmäßige Strafe in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe bestehe, letztere aber nicht mehr ermittelt werden könne, und daher eine dem Ermessen Spielraum lassende Strafe eintrete". Allein zunächst scheidet die Anwendbarkeit des § 75 Nr. 15 auf die von Keller bezeichneten Fälle, wo Inhalts der Anklageschrift das defraudirte Quantum nicht festzustellen, und in Folge dessen eine „dem Ermessen Spielraum lassende Strafe" eintritt, überhaupt aus, da derselbe — ohne zwischen „regelmäßiger" und ausnahmsweise eintretender Strafe zu unterscheiden — unbedingt erfordert, daß die für den konkreten Fall in dem betreffenden Gesetz angedrohte Strafe „in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe u. s. w. bestehe, diese Voraussetzung seiner Anwendbarkeit aber wegfällt, wenn die Höhe der Strafe nicht im duplum, quadruplum ꝛc. des defraudirten Betrages besteht, sondern innerhalb eines im Gesetz bestimmten Straf-minimum und -maximum zu bemessen ist."

Wäre aber selbst der § 75 Nr. 15 auf Fälle der von Keller bezeichneten Art anwendbar, so würde doch hieraus nicht ein Schluß auf die Unanwendbarkeit desselben auf ein solches Vergehen gezogen werden dürfen, dessen Strafe, den völlig deutlichen Worten des Gesetzes entsprechend, in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe oder anderen Leistung besteht.

Hiernach dürften Vergehen dieser Art nur im Wege der Ueberweisung an die Schöffengerichte gelangen können.

Zu § 451 StPO.

1) Kann das Gericht das persönliche Erscheinen des Angekl. in der Hauptverhandlung anordnen?

2) Bezieht sich der Abs. 2 des § auch auf verhaftete Angeklagte?

Die den Abs. 2 des § 451 StPO. betreffenden Kontroversen haben zwei von einander zu trennende Fragen zum Gegenstande. Es ist

I. streitig, ob durch die Vorschrift desselben die Befugniß des Gerichts, das persönliche Erscheinen des Angekl. in der Hauptverhandlung zu verlangen (§ 235) ausgeschlossen wird. Diese Frage bejahen

Keller S. 487. 6. Er bezeichnet das Recht des Angekl., sich vertreten zu lassen, als ein uneingeschränktes und fügt hinzu:

> „Es bedarf daher keiner Erlaubniß des Gerichts zum Fernbleiben (§ 232) und ebensowenig kann das persönliche Erscheinen des Angekl. nach § 235 angeordnet oder erzwungen werden. Ein in letzterer Beziehung gestellter Antrag wurde abgelehnt (Prot. S. 695, 597). Die in § 215 vorgesehene Warnung unterbleibt daher in der Ladung."

Gleichfalls unter Berufung auf die erfolgte Ablehnung jenes Antrages sagt

Thilo S. 499. 7: Die Regel des § 235, daß auf Anordnung des Gerichts der durch einen Vertheidiger vertretene Angekl. persönlich zu erscheinen habe, wenn es im Interesse der Wahrheit erforderlich erscheine, finde hier keine Anwendung, — während bei der Privatklage (§ 427 Abs. 3) das persönliche Erscheinen nöthigenfalls mit Gewalt vom Gericht erzwungen werden könne. — Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt

Löwe S. 879. 9 indem er ausführt:

„Dem (vorstehend erwähnten) Beschlusse der RJK. kann ein maßgebendes Gewicht nicht zugestanden werden, da er im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gekommen ist, und überdies den Grundsätzen der StPO. direkt widerstreitet. Die Bestimmung des § 235 ist im Interesse der Wahrheitserforschung gegeben, und sie findet ohne Zweifel auch in den geringfügigsten schöffengerichtlichen Strafsachen Anwendung, wenn dieselben im Wege des gewöhnlichen Verfahrens bei dem Gericht anhängig gemacht werden; es ist aber schlechterdings unerfindlich, weshalb die im § 235 bestimmte Befugniß des Gerichts dadurch entbehrlich werden sollte, daß der Hauptverhandlung die Erlassung eines Strafbefehls vorausgegangen ist. Ueberdies läßt das Gesetz sogar im Privatklageverfahren (§ 427 Abs. 3) die Vorführung des Angekl. zu, und es wäre eine eigenthümliche Inkonsequenz, wenn es dieselbe in den Fällen des § 451 ausschlösse, obwohl in diesen ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Beschuldigten besteht. Endlich ist die Befugniß des Gerichts, das persönliche Erscheinen des Angekl. anzuordnen, in denjenigen Fällen ganz unentbehrlich, in denen der Angekl. einem Zeugen behufs der Wiedererkennung gegenübergestellt werden muß: in diesen Fällen würde der Mangel der gedachten Befugniß dem Schuldigen unter Umständen die Möglichkeit gewähren, seine Freisprechung dadurch zu erzwingen, daß er in der Hauptverhandlung, anstatt selbst zu erscheinen, sich vertreten ließe."

Diese letztere Ansicht scheint die richtige zu sein.

Andere Gründe, als die Verwerfung des erwähnten Antrages in der Justizkomm. sind von Keller und Thilo für ihre entgegengesetzte Meinung nicht angeführt worden. Daß, wenn von diesem Argument abgesehen wird, dem Gericht die Befugniß, das persönliche Erscheinen des Angekl. zu verlangen, zuzugestehen ist, dürfte nicht bedenklich sein. Denn der § 235 enthält eine allgemeine für die „Hauptverhandlung" erster Instanz geltende Regel, die, Mangels einer den § 451 betreffenden Ausnahme, auch für diesen § maßgebend ist. Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß, da das Gesetz im § 427 in Bezug auf den Privatverklagten, der Vorschrift des § 235 ungeachtet,

für nöthig erachtet habe, die in Rede stehende Befugniß des Gerichts noch ausdrücklich auszusprechen, aus dem Fehlen einer gleichen Bestimmung im § 451 gefolgert werden müsse, daß hier dem Gericht eine solche Ermächtigung nicht habe ertheilt werden sollen. Denn zwischen den §§ 427 und 451 besteht der — schon von Löwe beregte — wesentliche Unterschied, daß bei der Erhebung der Anklagen auf Grund des letzteren § das öffentliche, bei der Anstellung der Privatklage dagegen in erster Linie das Interesse des Beleidigten leitend ist. In Bezug auf diese letztere konnte sich das Gesetz allerdings veranlaßt sehen, durch den Abs. 3 des § 427 dem Zweifel vorzubeugen, ob sich die Vorschrift des § 235 auch auf die Privatklage erstrecke. Dagegen fehlte es bei dem eine öffentliche Anklage betreffenden § 451 an einer gleichen Veranlassung. Eine solche war auch nicht aus dem Abs. 2 herzunehmen, da die dem Angekl. eingeräumte Befugniß, sich vertreten zu lassen, mit dem Rechte des Gerichts, in Fällen eintretender Nothwendigkeit sein Erscheinen zu verlangen, vollkommen vereinbar ist. §§ 233, 235.

Dies Recht hat dem Gericht aber auch nicht durch die Ablehnung des oben erwähnten, in der Justizkomm. von dem Abgeordn. Dr. Grimm gestellten Antrages entzogen werden können. Nach demselben sollten der Vorschrift des Abs. 2 die Worte hinzugefügt werden: „Auf Anordnung des Gerichts hat der Angekl. persönlich zu erscheinen". Zur Begründung desselben wurde geltend gemacht: „Der Absatz stehe mit den §§ 232, 235 (im Entwurf §§ 196, 199) im Widerspruch. Hier sei die Erscheinungspflicht des Angekl. konstatirt: nur ausnahmsweise könne ihm gestattet werden, fortzubleiben. Im Interesse der Wahrheitserforschung könne seine Anwesenheit auch im Falle des § 451 (Entw. 379) nothwendig sein; es sei ferner das leichtsinnige Erheben des Widerspruchs zu befürchten, wenn der Angekl. wisse, daß er seinen Widerspruch nicht persönlich vor Gericht zu vertreten brauche. Wenn man ihm daher auch in der Regel das Fortbleiben gestatten wolle, so müsse das Gericht doch die Befugniß haben, seine Anwesenheit in Ausnahmefällen zu verlangen" Prot. S. 696. Hierauf ist nur von einem Regierungsvertreter erwidert worden: „Das Bedürfniß, den Angekl. selbst zu sehen, werde sich hier nicht herausstellen; man habe dem nicht freiwillig erscheinenden Publikum den unnöthigen Weg auf das Gericht sparen wollen." Von Abgeordneten ist auf den Antrag keinerlei Er-

klärung abgegeben worden; sie haben ihn bei der Abstimmung ohne Weiteres abgelehnt Prot. S. 697. Demzufolge bleibt es zunächst unentschieden, ob die Majorität derselben davon ausgegangen ist, der Angekl. dürfe nicht zum Erscheinen gezwungen werden, oder ob angenommen worden, es bedürfe der beantragten Vorschrift nicht, weil die allgemeine Bestimmung des § 235 auch auf den § 451 Anwendung finde. Aber, auch ersteres angenommen, würde der Ansicht von Keller und Thilo entgegenstehen, daß die Meinung der Justizkomm., daß ein Zwang zum Erscheinen gegen den Angekl. nicht zulässig sei, den Mangel einer ausdrücklichen, in Bezug auf den § 451 eine Ausnahme von der Regel des § 235 anordnenden Bestimmung nicht zu ersetzen vermag. Vergl. das in dieser Beziehung im „Vorwort" Gesagte.

Zur Unterstützung der Ansicht Löwe's darf noch angeführt werden, daß die entgegengesetzte Meinung nöthigen würde, bei der Anwendung der völlig analogen Vorschrift des Abs. 2 des § 457 (Entw. 384) entweder — wie Thilo befürwortet S. 508. 7 — abweichend von dem § 451, den § 235 Platz greifen zu lassen, oder mit Keller (S. 492. 1 zu § 457) auch hier die Bestimmung des § 235 auszuschließen, obgleich bei der Berathung des § 457 ein Antrag, wie der erwähnte des Dr. Grimm, nicht gestellt worden ist (Prot. 696), das bei dem § 451 für die Ausschließung der Vorschrift des § 235 geltend gemachte Argument mithin in Bezug auf den § 457 fortfällt. In beiden Fällen würde sich der Vorwurf der Inkonsequenz nicht ablehnen lassen.

Aus den Motiven zu dem Entwurf ist für die Beantwortung der Streitfrage nichts herzunehmen.

II. Besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob auch dem in Haft befindlichen Angekl. die Befugniß, sich vertreten zu lassen, zustehe. Die Frage wird verneint von

Löwe S. 879. 10. Ist der Angekl. in der vorliegenden Sache verhaftet — bemerkt derselbe — so **muß** er zur Hauptverhandlung vorgeführt werden, auch wenn er selbst die Vorführung nicht wünscht und einen Vertheidiger zu seiner Vertretung bevollmächtigt hat; „denn ein in Untersuchungshaft befindlicher Angeschuldigter gilt stets für anwesend und muß dem erkennenden Gerichte vorgeführt werden". Mot. S. 228. Ferner von

Thilo S. 499. 7, welcher diese Ansicht in gleicher Weise motivirt. — Entgegengesetzter Meinung ist

von Schwarze S. 584. 3. Er citirt die dahin lautende Bemerkung der Mot. S. 242:

> „Die Befugniß des Angekl., sich in der Hauptverhandlung vertreten zu lassen, greift übrigens nur dann Platz, wenn der Beschuldigte nicht zur Untersuchungshaft gezogen ist; denn ein in Untersuchungshaft" u. s. w. (wie bei Löwe).

und sagt demnächst: „Diese Bemerkung findet in dem Gesetze keine Unterstützung und wird durch die Erwägung widerlegt, daß die Befugniß, sich vertreten zu lassen, zu der Haftfrage nicht die mindeste Beziehung hat". — Aehnlich

Keller S. 487. 7: Der letzte Satz der Mot.: „ist nirgends im Gesetz ausgesprochen. Auch der verhaftete Angeschuldigte wird geladen (§ 215 Abs. 2), was sonst überflüssig wäre. Abs. 2 unterscheidet nicht zwischen verhafteten und nicht verhafteten Beschuldigten". — In Uebereinstimmung hiermit sagt

Voitus S. 450. 2: „Die Bemerkung der Mot. wird bei der allgemeinen Fassung des § und dem Mangel einer, die Befugniß sich vertreten zu lassen, auf nicht verhaftete Personen beschränkenden Vorschrift für zutreffend überhaupt nicht, mindestens aber dann nicht gelten können, wenn die Haft in einer andern Sache über den Angekl. verhängt ist."

Diese im Wesentlichen mit einander übereinstimmenden Ausführungen lassen die letztere Ansicht als die richtigere erscheinen.

Ohne die angeführte Bemerkung der Mot. würde wahrscheinlich die Anwendbarkeit des Wortes „Angeklagte" im Abs. 2 des § 451 auf Verhaftete überhaupt nicht in Zweifel gezogen worden sein, da ein solcher so wenig durch Grundsätze der allgemeinen Rechtstheorie, als durch generelle Vorschriften der StPO., geschweige denn durch den Inhalt des § 451, angeregt wird. Jene — bei den Berathungen der Justizkomm. ohnehin nicht zur Sprache gebrachte — Bemerkung der Mot. rechtfertigt aber nicht die Ausschließung verhafteter Angekl. von der Vorschrift des Abs. 2. Die Worte derselben: „Denn ein in Untersuchungshaft befindlicher Angeschuldigter gilt stets als anwesend und muß dem erkennenden Gerichte vorgeführt werden", würden als ein zutreffender Grund für den ihnen unmittelbar vorangehenden

Ausspruch nur in dem Falle anzuerkennen sein, wenn bei der Vorschrift des Abs. 2 die Abwesenheit des Angeschuldigten vom Sitze des Gerichts maßgebend, oder doch von Einfluß gewesen wäre. Die ratio für die Entbindung des Letzteren vom persönlichen Erscheinen vor dem Gericht ist aber lediglich aus der Geringfügigkeit der ihm schuldgegebenen Strafthat herzunehmen, und, dies erwogen, bietet das Gesetz zu einer Unterscheidung zwischen verhafteten und nicht verhafteten Angekl. keinen Anhalt dar. Auch de lege ferenda fehlt es an einem genügenden Grunde, um z. B. einen wegen einer geringfügigen Gesetzverletzung (§ 447 Abs. 2) angeklagten Ausländer (§ 112 Nr. 3 StPO.), der sich im Besitze genügender Geldmittel zur Zahlung der Gebühren eines Rechtsanwalts befindet, das Beneficium zu entziehen, welches ihm, wenn er sich auf freiem Fuß befände, zustehen würde. Wäre aber das Argument der Mot., daß „der Verhaftete stets anwesend sei", zutreffend, so müßte dasselbe folgerecht dahin führen, auch einen in einer anderen Sache Verhafteten und ferner einen Strafgefangenen von der Bestimmung des Abs. 2 § 451 auszuschließen. Gleichwohl sprechen die Mot. nur von dem „zur Untersuchung gezogenen Beschuldigten", und auch Löwe will die Vorschrift des Abs. 2 nur auf die in der vorliegenden Untersuchung Verhafteten außer Anwendung lassen. Bei dieser Sachlage wird zu Gunsten der Ansicht von Keller und Gen. für entscheidend zu erachten sein, daß das Gesetz den Ausdruck „Angekl." braucht, ohne die Absicht zu erkennen zu geben, die Verhafteten davon auszuschließen.

Zulässigkeit von Hauptverhandlungen an Sonn- und Feiertagen. § 228 StPO.

Die Frage, ob an Sonn- und Feiertagen eine Hauptverhandlung stattfinden darf, ist besonders mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 228 StPO. von praktischer Bedeutung, da, im Falle ihrer Verneinung eine am Mittwoch unterbrochene Hauptverhandlung, auch wenn das Hinderniß ihrer Fortsetzung am Sonntage nicht mehr vorwaltet, nicht fortgeführt werden darf, das Verfahren vielmehr demnächst von Neuem beginnen muß, selbst wenn die Unterbrechung erst nach stattgehabter umfangreicher Beweisaufnahme nöthig geworden ist.

Die Frage ist bestritten. Bejaht wird sie von

Dalcke S. 149. 1. Er sagt:

„Eines Sonntags (jüdischen Feiertags u. s. w.) wegen muß die Verhandlung nicht nothwendig unterbrochen werden";

Keller S. 233. 4.

„Es besteht kein Verbot, daß die Fortsetzung einer Verhandlung an einem Sonn- oder Feiertage erfolgt. Wegen der viertägigen Frist kann solches unter Umständen gar nicht zu umgehen sein".

Löwe S. 593. 2.

„Die Sonn- und Feiertage stehen den Werktagen gleich; sonach ist, wenn die Unterbrechung am Donnerstage erfolgte, der Montag der späteste Termin für die Fortsetzung der Verhandlung. Daß die Fortsetzung am Sonntage oder Feiertage stattfinde, ist gesetzlich nicht ausgeschlossen".

Entgegengesetzter Meinung sind

Thilo S. 259. 2.

„Die preußische StPO. von 1867 ließ eine Wiederauf-

nahme auch am fünften Werktage zu, wenn ein Sonn- oder Festtag in die Frist fiel. Jetzt kommen auch solche Tage in Berechnung und wenn der vierte Tag nach der Unterbrechung auf einen Sonntag oder Festtag fällt, so muß der Termin zur Fortsetzung auf einen früheren Tag anberaumt werden, und wenn die Verhandlung erst nach Ablauf des Feiertags wieder aufgenommen wird, die ganze Prozedur von Neuem beginnen".

Die Worte „so muß der Termin u. s. w." führen nothwendig zu dem Schlusse, daß Thilo die Fortsetzung der Verhandlung an Sonn- und Feiertagen für unzulässig erachtet. Gleiche Ansicht ist ausgesprochen von

Voitus S. 265. 1.

„Mit Rücksicht auf die ratio legis sind die Sonn- und Festtage in der Frist mit einzurechnen. Eine am Mittwoch unterbrochene Verhandlung wird daher, falls sie nicht spätestens am Sonnabend fortgesetzt werden kann, von neuem beginnen müssen".

von Schwarze's Bemerkung S. 389. 1.

„Betreffs der Fristbestimmung ist die Gefahr der Abschwächung der Erinnerung maßgebend gewesen; es entscheidet daher einfach die Fristdauer, gleichviel, ob die in der Mitte liegenden Tage Werktage sind oder nicht".

dürfte einen bestimmten Schluß, daß er die Fortsetzung der Verhandlung an einem Sonn- oder Feiertage für unzulässig halte, nicht rechtfertigen.

Daß das Abhalten von Hauptverhandlungen an den mehrbezeichneten Tagen möglichst vemieden werden muß, ist selbstverständlich. Fraglich ist nur, ob es nach den Vorschriften der StPO. unzulässig ist — eine Frage, die unabhängig davon ins Auge zu fassen ist, ob sich im Falle ihrer Bejahung aus dem Verhandeln an einem Sonn- oder Feiertage die Nichtigkeit des Verfahrens würde herleiten lassen.

Die von Dalcke, Keller und Löwe befürwortete Entscheidung derselben erscheint als die richtigere.

Mangels eines ausdrücklichen Verbots würde die Fortsetzung einer Hauptverhandlung an einem Sonn- oder Feiertage für unzulässig nur zu erachten sein, wenn sich nachweisen ließe, daß strafgerichtliche Verhandlungen an solchen Tagen den Vorschriften der StPO.

überhaupt zuwiderlaufen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Vorschriften der §§ 115, 128, 129, 132, nach welchen der Verhaftete, bzhw. Festgenommene und der auf Grund eines Haftbefehls oder Steckbriefs Ergriffene spätestens am folgenden Tage durch den Richter vernommen werden sollen, lassen bei ihrer völlig bestimmten Fassung und bei Berücksichtigung ihres Zwecks, dem der Freiheit Beraubten ohne jeden Verzug Gelegenheit zum Nachweise der Unrechtmäßigkeit seiner Verhaftung zu geben, eine Unterscheidung zwischen Werk- und Sonntagen nicht zu. Insbesondere ist die auf Fristen bezügliche Vorschrift des § 43 auf dieselben nicht anwendbar; vielmehr würde sich der Richter verantwortlich machen, wenn er z. B. eine am Sonnabend den 23. Dezember zur Haft eingelieferte Person an dem darauf folgenden Sonntage und den sich daran anschließenden beiden Weihnachts-Feiertagen nicht vernähme.

Sind aber hiernach strafgerichtliche Verhandlungen an Sonn- und Feiertagen nicht durchaus unstatthaft, so ist es bezüglich der hier vorliegenden Streitfrage in jedem einzelnen Falle Sache pflichtmäßigen richterlichen Ermessens, ob die vorwaltenden Umstände die Fortsetzung einer unterbrochenen Hauptverhandlung am Sonntage oder Feiertage geboten erscheinen lassen. Hierfür können neben der Erwägung, daß die Untersuchungshaft des Angekl. sich verlängert, wenn anstatt der Fortsetzung der Verhandlung am Sonntage die Erneuerung des Verfahrens beschlossen wird, auch die gewichtigsten in der Sache selbst liegenden Gründe sprechen. Ist es z. B. — wie dies in schwurgerichtlichen Untersuchungen die Regel bilden wird — nicht ausführbar, die unterbrochene Hauptverhandlung nach einer vier Tage übersteigenden Unterbrechung, während derselben Sitzungsperiode behufs Erneuerung des Verfahrens wiederaufzunehmen, muß vielmehr zu diesem Zwecke eine spätere Sitzungsperiode bestimmt werden, so ist selbst in dem Falle, wenn es gelingt, das gesammte Beweismaterial zu der neuen Hauptverhandlung wieder zu beschaffen, erfahrungsmäßig zu besorgen, daß das Ergebniß der wiederholten Beweiserhebung dem bei der früheren Verhandlung gewonnenen nicht vollkommen entsprechen, die Feststellung des wahren Sachverhältnisses mithin, sei es zum Nachtheil des Angekl. oder der Anklage, durch die Verzögerung der Sache leiden wird.

Das vorstehend von der Zulässigkeit der Fortsetzung einer un-

terbrochenen Hauptverhandlung an einem Sonn- oder Feiertage Gesagte wird in gleicher Weise auf den Fall Anwendung finden, wenn es sich darum handelt, eine am Werktage begonnene, aber nicht zu Ende zu führende Verhandlung an einem Sonn- oder Feiertage fortzusetzen.

In einem von Dalcke a. a. O. in Bezug genommenen Urtheil des Preuß. Oberappellationsgerichts vom 16. September 1868. Goltd. A. B. 16 S. 852 ist ausgeführt, daß die Preuß. StPO. vom 25. Juni 1867 eine Vorschrift, daß eine begonnene Verhandlung nicht am Sonntage oder Feiertage fortgesetzt werden dürfe, nicht enthalte. Für die Auslegung des § 228 der Reichs StPO. ist hieraus nichts herzuleiten.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Kontroversen

betreffend

die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

von

C. A. Voitus,
Königl. Preuß. Obertribunalsrath a. D.

Zweites Heft.

Berlin,
Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht
1880.

§ 199 StPO.

I. Inwieweit ist dem Vorsitzenden des Gerichts eine Abweichung von dem ihm im Abs. 1 des § 199 StPO. vorgeschriebenen Verfahren gestattet?

II. Berechtigt der **Verzicht** des Angeschuldigten den Vorsitzenden von der Befolgung der Vorschrift des Abs. 1 des § Abstand zu nehmen?

III. A. Erfordert der Absatz 1, daß dem Angeschuldigten eine **Abschrift** der Anklageschrift ertheilt werde?

B. Ist die Abschriftsertheilung auch in den im Abs. 4 bezeichneten Sachen nöthig?

IV. Finden die Worte des Abs. 4 „vor den Schöffengerichten zu **verhandelnden**" auch auf die diesen Gerichten auf Grund des § 75 des GVG. **überwiesenen** Sachen Anwendung?

V. Fassung der nach Abs. 1 an den Angeschuldigten zu erlassenden Aufforderung.

Einer eingehenden Besprechung der gegen die Zweckmäßigkeit der Bestimmungen des von der Justizkomm. dem Entwurfe zur StPO (als § 165. a) hinzugefügten § 199 zu erhebenden Bedenken bedarf es an dieser Stelle nicht. Sie sind bereits von Fuchs (von Holtzendorff, Handb. des deutschen StPR. B. II S. 18 folg.), **Mewes**, Das Strafverfahren S. 61 folg., **Voitus** S. 233 folg. hervorgehoben worden, ergeben sich auch zum Theil aus den Verhandlungen der Justizkomm. selbst, bei welchen eine erhebliche Anzahl von Anträgen, Amendements und Subamendements von Regierungs-Kommissarien und Abgeordneten bekämpft, in erster Lesung gefaßte Beschlüsse später abgeändert und

diese wieder in ihrer Fassung durch die Redaktionskommission wesentlich modifizirt wurden. (Prot. S. 299—304. 315—321. 771. 772. 932. 933. 935.)

Vielseitige Meinungsverschiedenheit der Kommentatoren hinsichtlich einer Anzahl auf die Anwendung des § in der Praxis bezüglicher, bei den Berathungen der Justizkomm. unberührt gebliebener Fragen war daher unausbleiblich. In erster Linie interessiren diejenigen, welche sich auf die für das Verfahren des Vorsitzenden leitenden Grundsätze beziehen. Diese wird daher die nachfolgende Abhandlung zum Gegenstande haben.

I. Nach den ganz allgemein gefaßten Worten: „Der Vorsitzende hat u. s. w." würde dieser die Anklageschrift des Staatsanwalts dem Angeschuldigten in allen Fällen mitzutheilen haben. In dieser Beziehung bemerkt

Dalcke S. 129. 3: „Die Bestimmung des § schließt unzweifelhaft nicht aus, daß der Vorsitzende des Gerichts auch schon vorher eine Beschlußfassung der Rathskammer herbeiführt, was namentlich dann geschehen wird, wenn er die Anklage für thatsächlich oder rechtlich unbegründet hält. Beschließt die Rathskammer sofort die Einstellung des Verfahrens, so bedarf es der Prozedur aus dem §. 199 natürlich gar nicht."

Entschieden entgegengesetzter Ansicht ist

Fuchs. Er sagt (v. Holtzendorff a. a. O. S. 18): „Selbst wenn der Vorsitzende und der Gerichtshof einstimmig der Ansicht wären, daß die Anklage unhaltbar sei, und von vornherein schon aus Rechtsgründen, z. B. wegen mangelnden Strafantrages zurückgewiesen werden müsse, so ist doch zu solchem Beschlusse, bevor die im §. 199 vorgeschriebene Mittheilung an den Angeschuldigten gemacht worden und seine Erklärung eingegangen ist, in den Gesetzen kein Anhalt gegeben". — Nur beschränkt tritt dieser Meinung bei

Keller S. 205. 14. Er schickt voraus, daß der vierte Abs. des § auch auf die an die Schöffengerichte nach §. 75 GVG. zu verweisenden Sachen Anwendung finde, der Vorsitzende mithin zunächst die Beschlußnahme des Gerichts über den Ueberweisungsantrag des Staatsanwalts herbeizuführen habe, welches im Falle der Willfah-

rung desselben sofort das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffne, und fährt dann fort:

„Dasselbe hat einzutreten, wenn der Vorsitzende, entgegen dem Antrage des Staatsanwalts, welcher die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schwurgerichte oder Landgerichte wegen Verbrechens oder Vergehens verlangt, Anhaltspunkte aus den Akten entnimmt, wonach zu erwarten ist, daß das Gericht die Sache als zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörig ansehen werde (z. B. daß der Diebstahl einen Werth unter 25 Mark betreffe, oder ein erschwerender Umstand bei geringerem Werth nicht vorliege). Wäre erst das Verfahren des Abs. 1 einzuhalten und danach folgerichtig auch eine etwa beantragte Voruntersuchung zuerst einzuleiten, ungeachtet später doch mit Sicherheit eine Verweisung vor das Schöffengericht erfolgen muß, so hieße das aus formalen Gründen gegen das Gesetz die Sache verschleppen.

Dagegen kann die Mittheilung der Anklageschrift in allen anderen Sachen selbst dann nicht unterbleiben, wenn nach der thatsächlichen oder rechtlichen Lage der Sache von vornherein anzunehmen ist, daß der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens die Billigung des Gerichts nicht finden wird."

Aehnlich spricht sich aus

Löwe S. 551. 2 a und 3. Auch er hält den Vorsitzenden für verpflichtet, **bevor** er dem Angeschuldigten die Anklageschrift mittheilt, zu prüfen, ob die Sache dem Schöffengericht nach § 75 GVG. zu überweisen sei, und ferner, ob sie zu dessen Zuständigkeit gehöre, und sagt demnächst:

„Würde die Sache im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens vor einem anderen Gericht als dem Schöffengericht zu verhandeln sein, so darf die Mittheilung der Anklageschrift **nicht** deshalb **unterbleiben**, weil vorauszusehen ist, daß das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens **ablehnen** werde (§ 202). Auch im Falle einer solchen Ablehnung ist die Anhörung des Angeschuldigten nichts Ueberflüssiges, weil der Staatsanwaltschaft die Beschwerde (§ 209) zusteht, und das

Beschwerdegericht bei seiner Beschlußfassung die etwaigen Einwendungen u. s. w. des Angeschuldigten kennen muß."

Voitus weist vorweg S. 234 darauf hin, daß der Abs. 1 des § dem Vorsitzenden ausnahmslos zur Pflicht mache, die Anklageschrift — auch wenn er die Ablehnung des Antrages auf Eröffnung des Hauptverfahrens Seitens des Gerichts für zweifellos halte — dem Angeschuldigten mitzutheilen, und knüpft hieran die Bemerkung, daß diese Prozedur, wenn demnächst die Eröffnung des Hauptverfahrens verweigert werde, nicht nur eine zwecklose Vermehrung der Schreiberei und Verzögerung der Untersuchung event. auch der Haft des Angeschuldigten, sondern auch den Uebelstand zur Folge habe, daß der Angeschuldigte unnöthiger Weise durch den ihm auf seine Anträge Seitens des Gerichts zu ertheilenden Bescheid erfahre, daß der Staatsanwalt eine nach der Ansicht des Gerichts unbegründete Anklage gegen ihn zur Einleitung zu bringen beabsichtigt habe.

Ob die vorliegende Streitfrage in der Praxis häufig zur Ventilirung kommen werde, kann zweifelhaft erscheinen. **Fuchs** bemerkt a. a. O. mit Recht: Der Vorsitzende habe nicht die geringste Veranlassung, zu prüfen, ob die Anklageschrift begründet sei, oder nicht, ob das Gericht zuständig sei, oder nicht, und die Belastung hinreichend sei, oder nicht; — und ferner: derselbe habe keine Veranlassung, Einsicht in die Anklageschrift zu nehmen und in eine Prüfung derselben ohne gesetzliche Verpflichtung einzutreten, und es werde dies sicherlich auch nicht, namentlich bei umfangreichen Sachen geschehen.

Ist aber auch nach diesen zutreffenden Bemerkungen anzunehmen, daß der Vorsitzende der Regel nach die Mittheilung der Anklageschrift *ohne* vorgängiges Studium der Akten anordnen wird, so werden doch voraussichtlich auch Fälle eintreten, wo demselben schon bei Durchlesung der *Anklageschrift* solche der Eröffnung des Hauptverfahrens entgegenstehende Hindernisse entgegentreten, welche ihm die Ueberzeugung gewähren, daß eine Mittheilung des Schriftsatzes an den Angeschuldigten nicht nur völlig zwecklos sein, sondern auch dem Interesse des Angeschuldigten direkt zuwiderlaufen würde. Für solche Fälle wird sich die praktische Bedeutung der Frage nicht verkennen lassen. —

Für „unzweifelhaft" möchte zwar wohl die oben mitgetheilte Ansicht **Dalcke's**, der in der Vorschrift des Abs. 1 des § augen-

scheinlich nur eine, in geeigneten Fällen einer Ausnahme unterliegende Regel findet, wohl nicht gelten können; gleichwohl wird ihr der Vorzug gebühren.

Zunächst darf bei der Auslegung des § nicht außer Acht gelassen werden, daß — wie bereits oben angedeutet — bei der der Aufnahme desselben in die StPO. in seiner jetzigen Fassung vorangegangenen Berathung der einander durchkreuzenden, von wesentlich verschiedenen Gesichtspunkten geleiteten Haupt- und Unteranträge die überwiegende Mehrzahl der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Fragen, insbesondere auch die hier in Rede stehende, nicht ins Auge gefaßt, mindestens nicht zur Sprache gekommen ist, in Folge dessen — wie **Voitus** S. 234. 7 meint — die Praxis in der Lage ist, die im Interesse der Anklage wie der Vertheidigung ersprießlich erscheinenden Wege — selbstverständlich, soweit sie nur praeter, nicht contra legem laufen — nach Zweckmäßigkeitsgründen selbst zu wählen.

Dies erwogen, wird bei der Prüfung, welches Gewicht den allerdings präcise gefaßten Eingangsworten des § beizumessen sei, in erster Linie der Zweck, welcher den Antrag und die Aufnahme des § veranlaßt hat, von besonderer Bedeutung sein. Nun kann aber ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß der ausschließliche Zweck des Abs. 1 des § auf Wahrung des Vertheidigungs-Interesse des Angeschuldigten gerichtet ist, daß — wie **Thilo** S. 222. 2 sagt — der § eingefügt worden ist, um die Garantieen des Angeschuldigten für eine umfassende Vorbereitung seiner Vertheidigung, den Belastungsmomenten der Staatsanwaltschaft gegenüber, zu vermehren. Es wird dies auch durch die oben in Bezug genommenen Protokolle der Justizkomm. klar herausgestellt. So heißt es S. 316: „Der Beschuldigte müsse wissen, wie er sich in der Hauptverhandlung zu vertheidigen habe." Ferner S. 321: „Die Anklageschrift sei für den Vertheidiger nöthig" — „sie biete thatsächlich für denselben in vielen Fällen die einzige genügende Instruktion dar. S. 321. Uebereinstimmend hiermit ist in dem „Berichte" der Justizkomm. S. 48 gesagt: Die Vorerörterungen gewährten dem Angeschuldigten während ihrer Dauer keine nähere Einsicht in dieselben betreffs ihrer Richtung und ihrer Beziehung auf die künftige Anklage. Erst durch die Anklage-

schrift der Staatsanwaltschaft werde er von der Richtung und der Begründung der Anklage diejenige Kenntniß erlangen, welche erforderlich sei, um mit Sicherheit und Bestimmtheit die Aufgabe des Entlastungsbeweises zu erkennen und hiernach die für denselben erforderlichen Vorbereitungen zu treffen. Aus dieser Erwägung sei die Aufnahme des § 165 a (§ 199 StPO.) beschlossen worden.

Dieser alleinige Grund für die Mittheilung der Anklageschrift vor der Beschlußnahme des Gerichtshofes darüber, ob denn überhaupt ein Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten zu eröffnen sei, und demzufolge Veranlassung zur Vorbereitung seiner Vertheidigung vorliege, scheidet aber gänzlich aus, wenn der Gerichtshof die Anklage der Staatsanwaltschaft für unbegründet erachtet, also den Antrag der letzteren a limine abweist. Steht daher ein solcher Beschluß nach der Ueberzeugung des Vorsitzenden in sichere Aussicht, so vermeidet er durch einstweilige Abstandnahme von der Mittheilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten, für den Fall des Einverständnisses des Gerichts mit seiner Ansicht, nicht nur eine völlig unnütze und, wie oben von den Kommentatoren nachgewiesen, mit Nachtheilen verknüpfte Prozedur, sondern er nimmt auch das Interesse des Angeschuldigten aufs Beste wahr, indem er das von der Staatsanwaltschaft gegen ihn anhängig gemachte Vorverfahren, bzhw. seine Haft abkürzt.

Löwe hält zwar Inhalts seiner oben mitgetheilten Ausführung auch in Fällen der Zurückweisung der Anklage das im Abs. 1 des § angeordnete Verfahren nicht für überflüssig, „weil der Staatsanwaltschaft die Beschwerde zustehe und das Beschwerdegericht bei seiner Beschlußfassung die etwaigen Einwendungen u. s. w. des Angeschuldigten kennen müsse.“ Allein zunächst bietet wohl die bloße Möglichkeit, daß sich der Staatsanwalt von der Richtigkeit des Gerichtsbeschlusses nicht überzeugt und deshalb zur Beschwerde schreitet, um so weniger einen ausreichenden Grund zur Vornahme der dem Angeschuldigten in einem solchen Falle mehr oder minder nachtheiligen Prozedur dar, als diese erst nöthig würde, wenn die Beschwerde für begründet erachtet wird, was nicht vorauszusetzen ist. Nächstdem steht aber der Behauptung **Löwe's**, daß das Beschwerdegericht die Einwendungen des Angeschuldigten kennen müsse, die Erfahrung nicht

zur Seite; in allen Fällen, wo es sich um formelle Hindernisse der Eröffnung des Hauptverfahrens, oder lediglich um Rechtsgründe handelt, auf welche die Rathskammer die Zurückweisung des Antrags stützt, wird das Beschwerdegericht ohne vorgängige Anhörung des Angeschuldigten Beschluß fassen können.

Es erscheint auch nicht konsequent, wenn **Keller** und **Löwe** dem Vorsitzenden zwar in dem Falle, wenn er das Schöffengericht für zuständig erachtet, z. B. weil er bezüglich der Schätzung des Werths des Gegenstandes der Strafthat (§ 27 Nr. 4—7) von der Ansicht des Staatsanwalts abweicht, nicht aber in Fällen der vorerwähnten Art für befugt erachten, mit Außerachtlassung der Vorschrift des §. 199 Abs. 1. sofort die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Denn das Argument, daß dem Staatsanwalt das Recht der Beschwerde zustehe, greift nach dem § 209 StPO. auch in jenem ersten Falle Platz. Auch bietet der §. 199, wenn einmal die Worte: „der Vorsitzende hat u. s. w." für entscheidend erachtet werden, keinen Anhalt zu der Ansicht dar, daß der Vorsitzende die Vorschrift befolgen müsse, wenn er die dem Angeschuldigten günstigere Ansicht hegt, daß derselbe gänzlich außer Verfolgung zu setzen sei, dagegen dieselbe unbeachtet lassen dürfe, wenn er meint, daß die Anklage begründet, aber vor einem anderen Gerichte zu verhandeln sei. **Keller** macht S. 206 Abs. 1 für diese Unterscheidung geltend: „wenn erst das Verfahren des Abs. 1 des § 199 einzuhalten und danach folgerichtig auch etwa eine beantragte Voruntersuchung vorerst einzuleiten wäre, obgleich später doch mit Sicherheit eine Verweisung vor das Schöffengericht erfolgen müsse, so heiße das, aus formalen Gründen, gegen das Gesetz, die Sache verschleppen; eine Voruntersuchung würde sogar dem § 176 Abs. 3 widersprechen." Allein der Abs. 3 des § 199 bestimmt ausdrücklich, daß über die vom Angeschuldigten nach Kenntnißnahme von der Anklageschrift gestellten Anträge — also auch über den Antrag auf Voruntersuchung — das Gericht entscheidet. Findet nun das Gericht bei Prüfung derselben, daß die Sache gar nicht vor das Landgericht oder Schwurgericht, vielmehr vor das Schöffengericht gehört, so eröffnet es entweder das Hauptverfahren sofort vor dem Schöffengericht (§ 207), oder weist die Sache dorthin. Der von **Keller** vorausgesetzte Fall der Einleitung einer beantragten Vorunter-

suchung dürfte daher nicht eintreten können. Sonach ist **Fuchs** in seinem Rechte, wenn er die von **Löwe** und **Keller** gemachte Unterscheidung nicht anerkennt, vielmehr beide, von denselben als verschieden behandelte Fälle einander gleichstellt.

Werden die vorstehenden Ausführungen gebilligt, so ist der Ansicht **Dalcke's** dahin beizutreten, daß der Vorsitzende in allen Fällen, wo er — gleichviel aus welchen Gründen — der Ueberzeugung ist, daß die Strafkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens überhaupt, oder doch vor ihr selbst bzhw. vor dem Schwurgericht, ablehnen werde, befugt sei, den Beschluß derselben vor Befolgung der Bestimmung des Abs. 1 des § herbeizuführen.

Ueber die Frage, ob der Vorsitzende von der Mittheilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten Abstand zu nehmen habe, wenn der Staatsanwalt auf Grund des § 75 GVG. die Ueberweisung der Sache an das Schöffengericht beantragt, vergl. Nr. IV Seite 165.

Es sei hier bemerkt, daß die Abhandlung des Dr. **von Schwarze**: „Zur Auslegung des § 199 StPO.", S. 89 seiner „Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprozeßrechte", in welcher auch die vorstehend besprochene Frage S. 90 berührt ist, zur Kenntniß des Verfassers der „Kontroversen" erst gelangt ist, als dies „2." Heft bereits zum Drucke bereit lag. Dieselbe hat daher nur noch zu einzelnen nachträglichen Bemerkungen von ihm benutzt werden können.

In Verbindung mit der vorstehend besprochenen steht

II. die für die Praxis nicht unwichtige Kontroverse: ob die Vorschrift des Abs. 1 des § 199 auf Grund eines Verzichts des Angeschuldigten unbefolgt bleiben dürfe.

von Schwarze sagt bei Besprechung dieses § vorweg, daß es auf die Anwendung desselben ohne Einfluß sei, ob der Angeschuldigte verhaftet und ob er mit einem Vertheidiger versehen sei, oder nicht, und fährt dann S. 356. 4 fort:

> „Ebenso ist es ohne Einfluß, ob bereits in der Voruntersuchung eine besondere Aufforderung an den Angeschuldigten zur Einbringung von Vertheidigungsanträgen ergangen ist, oder er hierauf verzichtet hatte."

Diese Schlußworte werden dahin aufzufassen sein, daß ein Verzicht des Angeschuldigten auf das ihm nach Abs. 1 zustehende Recht die

Nichtbefolgung der Vorschrift desselben nicht rechtfertigen könne. Entgegengesetzter Ansicht ist

Voitus. Er bemerkt S. 235. 8. a letzter Abs.:

„Daß der Angeschuldigte schon im Laufe der Voruntersuchung, oder auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers auf Erklärungen, wie sie der § 199 Abs. 1 bezeichnet, verzichten darf, wird für um so unbedenklicher gelten müssen, als demselben unbenommen ist, alle Erklärungen und Anträge, zu denen ihn die im Abs. 1 vorgeschriebene Aufforderung veranlassen könnte, noch im Laufe der Hauptverhandlung anzubringen, er also gegen den Verlust eines Vertheidigungsmittels gesichert ist."

Auch diese Streitfrage ist bei den Berathungen der Justizkomm. und in dem „Berichte" derselben, sowie auch bei den im Reichstage im Betreff des § stattgehabten Debatten (Stenogr. Ber. S. 499—506) unberührt geblieben.

Für die Bejahung derselben ließe sich naheliegend der allgemeine Rechtsgrundsatz: beneficia non obtruduntur geltend machen. Derselbe findet jedoch in der Strafrechtspflege nur beschränkte Anwendung, da diese das Interesse des Angeschuldigten in gleicher Weise wie das der Anklage objektiv, also auch in solchen Fällen wahrzunehmen hat, wo Ersterer — aus welchen Gründen es sei — auf die Befolgung der zu seinen Gunsten ergangenen gesetzlichen Vorschriften verzichtet.

Dagegen führt die unter Nr. I dieser Abhandlung näher dargelegte ratio legis auch hier zu der Ueberzeugung, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen haben könne, einem Verzicht des Angeschuldigten unter allen Umständen jeden Einfluß auf die Beschlußnahme des Vorsitzenden, bzhw. des Gerichts, bezüglich der Ausführung der im Abs. 1 angeordneten Prozedur zu verweigern.

Die Erfahrung lehrt, daß in der überwiegenden Mehrzahl auch der vor die Strafkammern gehörenden Untersuchungen das Sachverhältniß in dem Grade einfach und klar vorliegt, daß auch dem mindest gebildeten Angeschuldigten während des Vorverfahrens — insbesondere der Voruntersuchung — weder darüber, welche strafbare Handlung ihm zur Last gelegt wird, noch über das Delikt, wegen dessen der Staatsanwalt Anklage gegen ihn erheben will, der geringste Zweifel bleiben kann. Hat derselbe nun in einer solchen Sache die ihm schuldgegebene

That rückhaltlos zugestanden und die dem Abs. 1 entsprechenden Fragen sämmtlich ausdrücklich verneint, sind auch Strafausschließungs- oder Milderungsgründe unter den vorwaltenden Umständen als vorhanden nicht anzunehmen, und erklärt sich sein Vertheidiger mit dem bei der Schlußvernehmung gestellten Antrage, behufs Verminderung einer zwecklosen Verzögerung der Untersuchung von der Prozedur des Abs. 1 des § Abstand zu nehmen, einverstanden, befürwortet auch der Staatsanwalt bei Ueberreichung der Anklageschrift diesen Antrag als der Sachlage und dem Interesse des Angeklagten entsprechend, theilt endlich der Vorsitzende des Gerichts die Ansicht des Staatsanwalts — so forscht man vergebens nach einem Grunde, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, auch bei einer derartigen Sachlage das in Rede stehende Verfahren zum offenbaren Nachtheil des verhafteten Angeschuldigten als unbedingt unerläßlich anzuordnen.

Ist dies richtig, so gelangt man zu dem Schlusse, daß der Verzicht des Angeschuldigten zwar nicht maßgebend für das einzuschlagende Verfahren sei, auch den Vorsitzenden, bzhw. das Gericht, nicht berechtige, ohne aus der Sachlage hergenommene Gründe von der Regel des Abs. 1 des § abzusehen, daß es aber in Fällen, wo sich die Mittheilung der Anklageschrift vor der Beschlußfassung des Gerichts auf den die Eröffnung des Hauptverfahrens betreffenden Antrag der Staatsanwaltschaft, als dem Angeschuldigten nachtheilig, mindestens als völlig zwecklos herausstelle, zulässig sei, unter Abstandnahme von derselben über jenen Antrag zu befinden. Dies Verfahren empfiehlt sich um so mehr, als der Angeklagte, wenn ihm in solchen Fällen der Inhalt der ihm mit dem Verweisungsbeschlusse mitzutheilenden Anklageschrift (vergl. Nr. I dieser Abhandlung) ausnahmsweise noch Anlaß zu Einwendungen und Anträgen darbieten sollte, zur Vorbringung derselben in der Hauptverhandlung ausreichende Gelegenheit hat. § 245 StPO.

Zu bemerken ist, daß der Abs. 3 des § 199 in der Fassung, wie er aus der 2. Lesung der Justizkomm. hervorgegangen war, im Anschluß an die Worte: „dem entsprechend zu beschränken", den Passus enthielt:

„und ist dieselbe zu unterlassen, wenn unter Mittheilung der Ergebnisse der Voruntersuchung, die erforderliche Befra-

gung des Angeschuldigten oder eine entsprechende Aufforderung an den Vertheidiger während der Voruntersuchung erfolgt ist.“ Aus der Beseitigung desselben Seitens des Reichstags (Sten. Ber. S. 505, Spalte 2 oben) ist jedoch gegen das vorstehende Votum und dessen Begründung nichts herzunehmen. Denn daraus, daß jene Bestimmung nicht in der Allgemeinheit, wie sie von der Justizkomm. beschlossen war, die Billigung des Reichstags fand, darf nicht gefolgert werden, daß der Vorsitzende, bzhw. das Gericht auch nicht ausnahmsweise in solchen Fällen, wo der Vorschrift des Abs. 1 der Sache nach während der Voruntersuchung vollständig genügt ist, und eine Wiederholung der Prozedur dem Angeschuldigten nur zum Nachtheile gereichen könnte, von dieser sollten Abstand nehmen dürfen. Es ist hierbei ins Auge zu fassen, daß der vom Reichstage in Fortfall gebrachte Schlußsatz des Abs. 3 es für genügend erachtete, daß die erforderliche Befragung des Angeschuldigten erfolgt sei, wogegen die obige Ausführung eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 nur eintreten lassen will, wenn der von der Sachlage vollständig unterrichtete Angeschuldigte bereits solche bestimmte Erklärungen abgegeben hat, welche, wenn er sie nach der Aufforderung des Abs. 1 wiederholte, dem Gericht genügen müßten, um sofort mit der Prüfung des Antrages der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens vorzuschreiten.

Es ist auch in der That nicht zu besorgen, daß von der Befugniß, eine solche Ausnahme eintreten zu lassen, Mißbrauch gemacht, die letztere also aus anderen Gründen, als in Wahrung des eigenen Interesse des Angeschuldigten beschlossen werden könnte.

III. Weichen hinsichtlich der im Abs. 1 des § 199 vorgeschriebenen Mittheilung der Anklageschrift die Ansichten der Kommentatoren

A. darüber von einander ab, ob dem Angeklagten eine Abschrift der Anklageschrift zugestellt werden müsse, oder ob es genüge, wenn derselbe von dem Inhalt der letzteren in anderer Weise in Kenntniß gesetzt werde.

Der ersteren Meinung ist

Keller S. 204. 2. „Das Gesetz schweigt darüber, — sagt er — wie die Mittheilung erfolgen soll. Soll dieselbe ihrem Zweck entsprechen, so muß der Angeschuldigte jedenfalls eine Abschrift der Anklageschrift erhalten. Es ist dieselbe na-

mentlich wegen des Vertheidigers erforderlich, für welchen sie die nöthige Aufklärung über die Anschuldigung liefern soll." Ferner

Puchelt S. 351. 2. „Der Vorsitzende des Gerichts muß die Anklageschrift dem Angeklagten, selbst wenn er einen Vertheidiger hat, in Abschrift zustellen lassen." Dieselbe Ansicht spricht

Löwe S. 551. 4. a durch die Bemerkung aus:

„Die Mittheilung der Anklageschrift muß durch Zustellung der letzteren erfolgen, da in der Bestimmung der Frist eine richterliche Entscheidung zu finden ist." Ferner

Fuchs, welcher S. 9 a. a. O. gleichfalls von „der Bestimmung des § 199 rücksichtlich der Zustellung der Anklageschrift spricht." Entgegengesetzter Meinung ist

von Schwarze. Er bemerkt S. 356. 9. „Die Mittheilung erfolgt durch Vorlesung; die Verabfolgung einer Abschrift hängt von dem Ermessen des Vorsitzenden ab."

In Uebereinstimmung hiermit sagt er S. 93 seiner oben unter Nr. I erwähnten „Erörterungen"

„Die „Mittheilung" kann auf jede dem Zwecke entsprechende Art erfolgen, z. B. durch Vorlesung, Zusendung einer Abschrift u. s. w."

Diese Ansicht **von Schwarze's** erscheint bedenklich. Zunächst steht dieselbe mit dem Wortlaute der Vorschrift nicht im Einklange. Das Gesetz verordnet nicht die Mittheilung des Inhalts der Anklageschrift, sondern dieser selbst. Unter „Mittheilung eines Schriftsatzes" versteht aber der Sprachgebrauch ein Verfahren, das denjenigen, welchem die Mittheilung geschehen soll, in den Stand setzt, selbst von dem Inhalte Kenntniß zu nehmen. Hiervon ausgegangen, müßte, um der Vorschrift einen von diesem Sprachgebrauche abweichenden Sinn beizulegen, sich nachweisen lassen, daß dieser der Absicht des Gesetzes entspreche. Dies ist aber nicht anzunehmen. Denn die Mot. zu dem (demnächst im Passus B zu besprechenden) die Mittheilung der Anklageschrift anordnenden § 178 des Entw. sprechen, im Einklange mit der vorstehenden Auffassung des Ausdrucks „Mittheilung", gleichfalls von der Zustellung der Anklageschrift. S. 119. Auch würde der Zweck der Vorschrift, den Angeschuldigten in den Stand zu setzen, sich

zu seiner Vertheidigung vorzubereiten, durch die bloße Vorlesung des Inhalts der Anklageschrift auch in einfachen Sachen vielfach verfehlt werden, da selbst gebildeten Personen die Aufgabe, neben der vollständigen Auffassung des Thatsächlichen und der strafrechtlichen Charakterisirung des ihnen zur Last gelegten Delikts, auch die Namen, den Stand und Wohnort der Zeugen ihrem Gedächtniß einzuprägen, häufig nicht mit der Zuverlässigkeit werden zu lösen vermögen, um ihren Vertheidiger informiren, oder selbst die zur Entkräftung des Beschuldigungs-Beweises geeigneten Schritte thun zu können.

Die bei dem Passus I dieser Abhandlung in Bezug genommenen, den § 165. a. (§ 199 StPO.) betreffenden Verhandlungen der Justizkomm. bieten zur Entscheidung der Streitfrage einen Anhalt nicht dar. Dasselbe gilt von dem „Berichte" derselben (S. 48) und den Berathungen des Reichstags (Stenogr. Ber. S. 499—506 und 983), da die Frage, in welcher Weise die Mittheilung der Anklageschrift erfolgen solle, nicht ausdrücklich zur Sprache gekommen ist. Doch mag erwähnt werden, daß der Abg. **Haenel** in der Reichstags-Verhandlung vom 30. Novbr. 1876 (Sten. Ber. S. 501 Spalte 1) bemerkte: Erst wenn „in den Händen" des Angeschuldigten die Anklageschrift sei und er in Folge dessen die Auffassung des Staatsanwalts kennen gelernt habe, sei er zu befragen, welche Beweismittel er dagegen einsetzen wolle u. s. w.

Die von **Keller** und Gen. vertheidigte Ansicht erhält jedoch eine sehr wesentliche Unterstützung, wenn sich nachweisen läßt, daß die StPO. allgemein, also auch im Betreff der im Abs. 4 des § bezeichneten Sachen, soweit in solchen überhaupt Anklageschriften von der Staatsanwaltschaft eingereicht werden, davon ausgeht, daß jedem Angeschuldigten eine Abschrift der Anklageschrift zuzustellen sei, so daß der Unterschied zwischen dem nach den §§ 199 u. 206 einer- und dem in den übrigen Untersuchungen andererseits zu beobachtenden Verfahren nur darin besteht, daß in den ersteren die Mittheilung der Anklageschrift vor, in den letzteren nach dem das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusse des Gerichts erfolgt. Es ist jedoch

B. auch diese Frage kontrovers. Vertheidigt wird der vorstehend aufgestellte Satz von

Fuchs a. a. O. S. 9. „Der Schlußsatz des § 199 — bemerkt er —

will offenbar nur diejenigen Bestimmungen des § in Bezug auf die vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen ausschließen, welche das Recht des Angeklagten betreffen, eine Voruntersuchung oder neue Beweiserhebungen und dergl. zu beantragen, dagegen nicht die Bestimmung rücksichtlich der Zustellung der Anklageschrift." Ferner S. 10 „Die Anklageschrift ist nach den Grundsätzen der Strafprozeßordnung ein hauptsächlich für die Kenntnißnahme des Angeschuldigten angeordneter prozessualer Akt, weniger für das beschließende Gericht, da diesem das gesammte belastende Material ohnehin in den Akten vorliegt. Diese Bestimmung wird daher auch in schöffengerichtlichen Sachen zu wahren und auch hier die Anklage — dem Angeschuldigten, und zwar am zweckmäßigsten bei der Ladung zur Hauptverhandlung, mitzutheilen sein." — Ferner von

Keller. Er bespricht die Frage bei dem § 221, wo er — die Worte des Abs. 2 wiederholend — sagt:

„Außer den in der Anklageschrift benannten Zeugen" u. s. w. „Daraus folgt, daß auch in schöffengerichtlichen Sachen die Anklageschrift — nach Eröffnung des Hauptverfahrens zugestellt werden muß, damit der Angeklagte die Beweismittel daraus entnehmen kann." Auch

Thilo bemerkt S. 241 zu § 214: „In schöffengerichtlichen Sachen wird — die Anklage dem Angeklagten zugleich mit der Ladung und dem Eröffnungsbeschlusse zugehen müssen" — „die Beweismittel, welche die Staatsanwaltschaft vorführen will, kann der Angeklagte nur aus der Anklageschrift ersehen."

von Bomhard äußert S. 155 bei § 214: die Mittheilung der Anklageschrift werde auch in schöffengerichtlichen Sachen „im Sinne des Gesetzes sein", da der Angeklagte nur aus ihr die Beweismittel der Staatsanwaltschaft kennen lerne. — Die entgegengesetzte Ansicht äußert, gleichfalls bei § 214,

Löwe S. 576. 2. Er bemerkt vorweg, daß nach dem Entwurfe jenes § (178) mit der Zustellung des Beschlusses stets auch die der Anklageschrift habe erfolgen sollen, daß diese Bestimmung in Folge der Einschaltung des § 165 a (StPO. § 199) in den Entwurf von der

Justizkomm. auf die schöffengerichtlichen Sachen beschränkt, demnächst aber anscheinend in Folge eines Versehens — vom Reichstage gestrichen worden sei, und fährt dann fort:

„Sonach ist — in den vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Strafsachen eine Zustellung der Anklageschrift an den Angeklagten überhaupt nicht vorgeschrieben."

Dochow, welcher S. 171, unter Hinweisung auf den § 199 Abs. 4 und auf **Löwe's** Votum bemerkt:

„Bei allen Strafsachen, abgesehen von den vor den Schöffengerichten zu verhandelnden, wird die Anklageschrift dem Angeschuldigten durch den Vorsitzenden des Gerichts mitgetheilt."

Ferner

Keller. Derselbe geht in der Note 6 zum § 198 S. 203 davon aus, daß die Worte „zu verhandelnden" dahin aufzufassen seien, daß dadurch auch die den Schöffengerichten auf Grund des § 75 GVG. überwiesenen Sachen von der Vorschrift des § 198 ausgeschlossen seien, und sagt bei dieser Gelegenheit:

„Da in den vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen eine Zustellung an den Angeschuldigten nicht erfolgt (§ 199 Abs. 4) so muß u. s. w."

In ähnlicher Weise spricht er sich in der Note 5 zu demselben § aus.

von Schwarze sagt S. 356 zu Abs. 4 des § 199:

„Eine Mittheilung der Anklageschrift in Schöffengerichtssachen an den Angeschuldigten ist weder hier, noch im § 214 vorgeschrieben."

S. 376 fügt er diesem Satze in der Note 3 zu § 114 hinzu:

„Die Kommission hatte die Aufnahme einer diese Mittheilung verfügenden Bestimmung in das Gesetz beschlossen und zwar als Abs. 2 des § 214:

„Dem Beschlusse ist die Anklageschrift beizufügen, sofern dieselbe nicht schon nach Maßgabe des § 200 (§ 199) dem Angeklagten mitgetheilt worden ist."

Bei der Berathung im Reichstage wurde dieser Abs. 2 mit Rücksicht auf die bei § 199 beschlossenen Zusätze als überflüssig gestrichen, und hiermit, da der § 199 auf Schöffengerichtssachen überhaupt nicht

Anwendung leidet, die Bestimmung des Abs. 2 (des § 214) auch soweit, als sie noch hätte in Schöffengerichtssachen angewendet werden können, beseitigt.

Puchelt bemerkt bei Besprechung der §§ 214—216 S. 371. 1 nach vorgängiger Erwähnung, daß die auf schöffengerichtliche Sachen bezügliche (die Mittheilung der Anklageschrift anordnende) Vorschrift in Abs. 2 des § 214 vom Reichstage gestrichen worden sei:

„Demnach ist in schöffengerichtlichen Sachen (abgesehen von jenen der §§ 29. 75 GVG.) dem Angeklagten die Anklageschrift nicht zuzustellen."

Die Streitfrage scheint zu Gunsten der Ansicht von **Fuchs** und Gen., also dahin entschieden werden zu müssen, daß auch in den vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen dem Angeklagten die Anklageschrift mitzutheilen sei.

Auf die Beurtheilung derselben wird die Geschichte der Entstehung des § 214 StPO. (im Entw. § 178; bei der dritten Berathung eines Entwurfs der StPO. im Reichstage § 215) von erheblichem Einfluß sein.

Zunächst ist zweifellos — auch von keiner Seite bestritten — daß der Regierungsentw. und seine Mot. sowie auch die Justizkomm. davon ausgegangen sind, daß die Anklageschrift jedem Angeklagten — gleichviel, vor welchem Gericht die Sache zu verhandeln sei — mitgetheilt werden müsse.

Im Entwurf lautete der § 214 StPO. dahin:

„Die Anklageschrift und der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens sind dem Angeklagten spätestens mit der Ladung zuzustellen."

In den Motiven war — wie bereits im Passus A angedeutet — hierzu bemerkt: „Damit der Angeklagte seine Vertheidigung genügend vorzubereiten vermöge, ist es nothwendig, daß er zeitig vor dem Beginn der Hauptverhandlung von dem Inhalte der Anklage, über welche verhandelt werden soll, in Kenntniß gesetzt werde. S. 119. In der Justizkomm. wurde in erster Lesung, bevor dieselbe zu dem § 178 gelangte, die im Passus I dieser Abhandlung besprochene Einschaltung des § 165a. (§ 199 StPO.) beschlossen, welcher — ohne zwischen schöffengerichtlichen und anderen Untersuchungen zu unterscheiden —

anordnete, daß die Anklageschrift dem Angeklagten vor der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitzutheilen sei. Hieraus nahm bei der demnächstigen Berathung des § 178 (214 StPO.) der Abg. **Hauck** Veranlassung zu der Bemerkung, daß mit Rücksicht auf jene Bestimmung des § 165a. die Fassung des § 178, nach welchem die Mittheilung der Anklageschrift erst nach ergangenem Eröffnungsbeschluß erfolgen sollte, geändert werden müsse. Prot. S. 331. In Folge dessen ließ die Redaktions-Kommission, der dies Monitum von der Justizkomm. zur Prüfung überwiesen war, aus dem § 178 die Eingangsworte: „Die Anklageschrift und" — mit Recht — gänzlich ausscheiden. (Zusammenstellung des Entwurfs einer StPO. mit den Beschlüssen der Komm. in erster Lesung S. 83.)

Nachdem aber in 2. Lesung (Prot. S. 932. 933) beschlossen worden war, dem § 165a (199 StPO.) den Abs. 4 hinzuzufügen, wodurch die schöffengerichtlichen Sachen von der die Mittheilung der Anklageschrift vor ergangenem Eröffnungsbeschluß anordnenden Vorschrift des Abs. 1 ausgeschlossen wurden, was nach dem vorerwähnten in erster Lesung beschlossenen Ausscheiden des 2. Abs. des § 178 des Entw. zur Folge gehabt hätte, daß in schöffengerichtlichen Sachen eine Mittheilung der Anklageschrift an den Angeklagten überhaupt fortgefallen wäre, trug bei der demnächst in der Sitzung vom 13. Juni 1876 erfolgenden Berathung dieses letzteren § der Abgeordnete **von Puttkamer** darauf an, diesem § folgenden Abs. 2 anzureihen (Prot. S. 940):

> „Dem Beschluß ist die Anklageschrift beizufügen, sofern dieselbe nicht schon nach Maßgabe des § 165a dem Angeklagten mitgetheilt worden ist",

indem er zur Motivirung dieses Antrages geltend machte, daß ohne diesen Zusatz die Angeklagten in schöffengerichtlichen Sachen keine Abschrift der Anklageschrift erhielten, da jene Sachen von den Vorschriften des § 165a (199 StPO.) ausgenommen worden seien. Diesen Antrag nahm die Justizkomm. ohne Diskussion an, wodurch aufs Deutlichste ausgesprochen war, daß auch in schöffengerichtlichen Sachen dem Angeklagten die Anklageschrift mitgetheilt werden solle. Diesem Beschluß entsprechend, enthielt der § 178 in der „Zusammenstellung des Entw. mit den Beschlüssen der Kommission" (zweiter Lesung)

S. 85 den wörtlich mit dem Antrage **von Puttkamer** übereinstimmenden Abs. 2.

So gelangte der § 178 (StPO. § 114) an den Reichstag, wo er bei der Spezialberathung in zweiter Lesung ohne Diskussion angenommen wurde. (Sten. Ber. S. 596, Spalte 1.)

Der 3. Lesung legte der Reichstag (Sten. Ber. S. 936, Spalte 2) die auf Grund seiner in 2. Berathung gefaßten Beschlüsse redigirte „Strafprozeßordnung" (3. Anlageband zu den Sten. Ber. 2. Legisl.-Per. IV. Sess. 1876 Nr. 82 S. 700) zum Grunde, in welcher der § 178 (StPO. § 214) die Nr. 215, der frühere § 165 (§ 199 StPO.) die Nr. 200 und der frühere § 169 (§ 206 StPO.) die Nr. 207 erhalten hatte. (S. 715.) In der Schlußsitzung dieser 3. Lesung vom 21. Dezbr. 1876 (Sten. Ber. S. 983) wurden folgende Anträge gestellt (abgedruckt in dem vorbezeichneten Anlageband 3, S. 888 unter Nr. 145):

1. dem § 207 (StPO. 206) folgenden Zusatz zu geben:
   „Die Bestimmungen des § 200 (§ 199 StPO.) finden hier gleichfalls Anwendung; es ist jedoch die Aufforderung auf die Erklärung zu beschränken, ob der Angeklagte die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen wolle", und
2. „in Konsequenz dieser Bestimmung:
   den §. 215 Abs. 2 (früher § 178; StPO. 214) zu streichen."

Zum richtigen Verständniß dieser Anträge sind die darin in Bezug genommenen beiden §§ 207 und 200 ins Auge zu fassen. Der erstere bestand nach 2. Lesung im Reichstage nur aus dem Abs. 1 des jetzigen § 206 StPO., enthielt daher eine der Eingangsbestimmung des § 200 (StPO. 199) analoge Vorschrift über die Mittheilung der wider den Willen des Staatsanwalts angefertigten Anklageschrift an den Angeklagten nicht. Diesem Mangel sollte der Antrag 1 abhelfen. Dagegen stimmte der 2. in dem Antrage Nr. 1 in Bezug genommene § 200 schon damals in seinen sämmtlichen 4 Absätzen vollständig mit dem jetzigen § 199 überein; nur waren in demselben, da die §§ in der StPO. nach 3. Lesung um eine Nummer zurückgerückt sind, im Abs. 3, anstatt der §§ 180. 181, die §§ 181. 182 in Bezug genommen.

Wird dieser damalige Inhalt der in jenen Anträgen in Bezug ge-

nommenen beiden §§ ins Auge gefaßt, so leuchtet es ein, daß die in dem ersten Antr. befürwortete Aufnahme des jetzigen Abs. 2 in den § 207 (StPO. § 206) nicht den Fortfall des nach obiger Mittheilung von der Justizkomm. in zweiter Lesung auf Antrag des Abg. **von Puttkamer** angenommenen Abs. 2 des § 215 (bei der Berathung in der Justizkomm. § 178), welcher die Mittheilung der Anklageschrift auch für schöffengerichtliche Untersuchungen anordnete, zur Konsequenz" — wie es in dem Antrage 2 heißt — haben konnte. Von einer solchen Konsequenz hätte doch nur die Rede sein können, wenn der im Antrage 1 formulirte — jetzt den Abs. 2 des § 206 StPO. bildende — Zusatz zu dem § 207 sich auch auf die schöffengerichtlichen Untersuchungen bezogen, also hinsichtlich der Mittheilung der Anklageschrift dasselbe enthalten hätte, was der Abs. 2 des § 215 (früher 178) bestimmte. Jener zu dem § 207 beantragte Zusatz betraf aber — wie der Abs. 2 des § 206 StPO. darthut — ausschließlich den singulären Fall einer gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgten Eröffnung des Hauptverfahrens, und zwar — wie aus den Worten: „die Bestimmungen des § 199" u. s. w. im Hinblick auf den Abs. 4 dieses § zu schließen ist — mit Ausschluß der schöffengerichtlichen Sachen, ließ also die nur auf diese letzteren bezügliche Vorschrift des unter 2 des Antrages zur Streichung designirten Abs. 2 des § 215 (früher 178) gänzlich unberührt.

Der Antragsteller hat sich daher in seiner durch die Worte „in Konsequenz" 2c. an den Tag gelegten Voraussetzung, daß die Bestimmung des von ihm zur Aufnahme empfohlenen Abs. 2 des § 207 (StPO. § 206) die Vorschrift des von der Justizkomm. in 2. Lesung beschlossenen Abs. 2 des § 115 seines Antrags (früher 178) decken und daß demzufolge dieser letztere entbehrlich werde, augenscheinlich geirrt. Dadurch ist es herbeigeführt worden, daß es in der StPO. an einer Bestimmung, welche auch in schöffengerichtlichen Untersuchungen dem Angeklagten einen Anspruch auf Mittheilung der Anklageschrift gewährt, fehlt. Es hat auch keinenfalls in der Absicht des Antragstellers gelegen, diesen Anspruch, der jenen Angeklagten, wie erwähnt, nicht nur durch den Entwurf, sondern auch durch die Beschlüsse sowohl der Justizkomm. als des Reichstages in 2. Lesung zugebilligt war, und zu dessen Wahrung der Abg. **von Puttkamer** nach seiner oben er-

wähnten ausdrücklichen Erklärung die Aufnahme des Abs. 2 des § 178 herbeigeführt hatte, zu entziehen. Denn, hätte er dies bezweckt, so würde er ohne Zweifel bei der Motivirung seines Antrages im Reichstage sich darüber ausgesprochen haben, daß und weshalb er jene früheren Beschlüsse der Justizkomm. aufgehoben wissen wolle. Statt dessen hat er sich bei der Begründung seines Antrages, mit gänzlicher Uebergehung der den § 215 Abs. 2 betreffenden Nr. 2 desselben, ausschließlich auf Besprechung der auf Behebung der Unzweckmäßigkeit der Vorschrift des § 207 (StPO. 206) in ihrer früheren Fassung abzielenden — Nr. 1 desselben beschränkt. (Sten. Ber. S. 984.) Auch bei der Debatte über den erwähnten Antrag ist die Nr. 2 unberührt geblieben, woraus mit Sicherheit zu schließen ist, daß der Reichstag sich die Bedeutung und Tragweite dieser Nummer nicht klar gemacht hat, da anderenfalls die aus der Annahme derselben folgende Beseitigung der in 2. Lesung einstimmig angenommenen, den Angeklagten günstigen Vorschrift des Abs. 2 des § 215 (früher 178) Mangels jeder Motivirung Seitens des Antragstellers nicht ohne Widerspruch, mindestens nicht unbesprochen geblieben sein würde. Befremden kann dies nicht, wenn berücksichtigt wird, daß der Reichstag in dieser einen Schlußsitzung außer mehreren anderen Gegenständen 338 §§ der StPO. und das Einführungsgesetz zu derselben berathen hat.

Die durch diese Vorgänge bestätigte Vermuthung **Löwe's** — der sich auch **Fuchs** a. a. O. S. 10 angeschlossen hat — daß das Streichen des Abs. 2 des § 178 (215; StPO. 214) auf einem Versehen beruhe, kann auch wohl nicht durch das, was **von Schwarze** in seiner oben mitgetheilten Bemerkung zu dem § 214 StPO. über den Grund der Beseitigung des Abs. 2 dieses § angiebt, beeinträchtigt werden. Welche „bei § 199 beschlossene Zusätze" das Ausscheiden desselben hätten veranlassen können, sagt er nicht. Der einzige auf die hier in Rede stehende Mittheilung der Anklageschrift in schöffengerichtlichen Untersuchungen einwirkende Zusatz zu dem § 199 war der Absatz 4, welcher diese Untersuchungen von der Vorschrift des Abs. 1 ausschloß. Dies ist aber gerade derjenige Zusatz zum § 199, welcher — wie oben nachgewiesen — auf den Antrag **von Puttkamer** die Aufnahme des Abs. 2 des § 178 (215, StPO. 214) herbeiführte, „weil ohne ihn die Angeklagten in schöffengerichtlichen Sachen keine Abschrift der

Anklageschrift erhielten"; dieser Zusatz zum § 199 konnte also doch dem Reichstage nicht Anlaß geben, den Absatz 2 des § 215 (seiner 3. Berathung § 214 StPO.) „als überflüssig" zu streichen. Jene Bemerkung **von Schwarze's** steht auch nicht im Einklage mit dem oben mitgetheilten, der Streichung des Abs. 2 des § 215 (§ 178) zum Grunde liegenden, in der Reichstagssitzung vom 21. Dezbr. 1876 gestellten Antrage Nr. 2, da in diesem die Streichung als Konsequenz des unter Nr. 1 beantragten Zusatzes zu § 207 (StPO. § 206), nicht also von Zusätzen zum § 199 (200) bezeichnet wurde. Wie erwähnt, ist auch der Antrag auf diese Streichung vor seiner Annahme gar nicht besprochen, geschweige denn „behauptet" worden, daß zu dem § 199 beschlossene Zusätze den Abs. 2 des § 215 (StPO. 214) überflüssig erscheinen ließen.

Ist aber auch der Fortfall dieses Abs. 2 mit **Löwe** und **Fuchs** auf ein Versehen zurückzuführen, so muß doch, wie erwähnt, anerkannt werden, daß in Folge desselben eine ausdrückliche Vorschrift, nach welcher auch in den nicht unter die Bestimmungen des § 199 Abs. 1—3 und des § 206 fallenden Untersuchungen dem Angeklagten die Anklageschrift mitzutheilen sei, in der StPO. nicht enthalten ist.

Gleichwohl wird der Ansicht von **Fuchs** und Gen., daß auch solchen Angeklagten eine Abschrift derselben zu ertheilen sei, beizutreten sein, — mag auch die Meinung des Ersteren: „daß der Schlußsatz des § 199 offenbar nicht die Bestimmung dieses § rücksichtlich der Zustellung der Anklageschrift ausschließen wolle", im Hinblick auf die völlig bestimmte Fassung des Abs. 4: „finden die Bestimmungen u. s. w." sowie auch deshalb bedenklich erscheinen, weil nach obigen Mittheilungen aus den Prot. der Justizkomm. die Aufnahme des jetzt gestrichenen Abs. 2 des § 178 des Entw. (§ 215 StPO.) eben deshalb beantragt und beschlossen wurde, weil die Schöffen sonst wegen der Vorschrift des § 165a (§ 199 StPO.) keine Abschrift der Anklageschrift erhielten (Prot. S. 940).

Zunächst kann wohl die vorstehend nachgewiesene Geschichte des Fortfalls des Abs. 2 des § 214 StPO., welche die Ueberzeugung gewährt, daß der Regierungsentwurf, die Justizkomm. und der Reichstag den Angeklagten in allen Untersuchungen, in denen überhaupt Anklageschriften von der Staatsanwaltschaft eingereicht werden, eine

Abschrift derselben haben ertheilen lassen wollen, bei der Frage, ob ihm dieser Anspruch gleichwohl abzusprechen sei, nach dem allgemeinen Grundsatze des favor defensionis nicht ganz außer Betracht bleiben. Dann aber fällt erheblich ins Gewicht, daß die oben im Passus A für die Nothwendigkeit der Abschriftsertheilung geltend gemachten Gründe bei den außerhalb der §§ 199. 206 liegenden Untersuchungen mindestens in den Fällen in noch höherem Maße Platz greifen, wo der Angeklagte vor dem Eröffnungsbeschlusse überhaupt von der gegen ihn eingegangenen Denunciation, oder doch von den Ergebnissen der Seitens der Staatsanwaltschaft angeordneten Nachforschungen Kenntniß nicht erlangt hat. Daß in Fällen dieser Art der in den engen Rahmen des § 205 gefaßte, den Beweisantritt der Staatsanwaltschaft übergehende Gerichtsbeschluß dem nicht verhafteten Angeklagten (§ 215 Abs. 1) keine ausreichende Gelegenheit darbietet, um seine Vertheidigung für die Hauptverhandlung vorzubereiten, bedarf keiner Ausführung.

Die Nothwendigkeit der Abschriftsertheilung ergiebt sich aber auch aus dem § 218. Denn, um seinerseits die Ladung von Zeugen u. s. w. bei dem Vorsitzenden beantragen, insbesondere den Belastungsbeweis entkräften zu können, muß der Angeklagte doch wissen, welchen Beweis die Staatsanwaltschaft gegen ihn vorführen will.

Dasselbe gilt vom Abs. 2 des § 221. Nach demselben soll die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten vor der Hauptverhandlung die Zeugen benennen, welche sie „außer den in der Anklageschrift benannten" laden läßt. Diese Vorschrift setzt aber augenscheinlich voraus, daß der Angeklagte die Anklageschrift bereits in Händen habe, da das Gesetz nicht füglich hat können anordnen wollen, daß demselben zwar diejenigen Zeugen, welche die Staatsanwaltschaft erst nach Einreichung der Anklageschrift abhören zu lassen beschlossen, nicht aber die, welche sie schon in letzterer selbst namhaft gemacht hat, bekannt zu machen seien. **Löwe**, dem dies Argument nicht entgangen ist, meint S. 676. 2 im Anschluß an seine oben mitgetheilte Bemerkung: es müsse, wie aus den §§ 221 Abs. 2 und 245 erhelle, dem Angeklagten jedenfalls das in der Anklageschrift enthaltene Verzeichniß der Beweismittel bekannt gemacht werden, und diese Bekanntmachung könne selbstverständlich auch in der Art erfolgen, daß die ganze Anklageschrift dem Angeklagten zugestellt werde. Allein

Löwe sagt selbst nur (S. 549. 6a): „es werde sich der besseren Uebersicht wegen empfehlen, die Beweismittel am Schlusse der Anklageschrift in ein Verzeichniß zusammenzustellen“; er erkennt also an, daß die Staatsanwaltschaft zur Aufstellung eines solchen Verzeichnisses — wie auch Thilo S. 241 bemerkt — nicht verpflichtet ist. Ein bloßes Verzeichniß genügt aber auch in einer großen Anzahl von Fällen dem Bedürfniß des Angeklagten nicht, da er ein Interesse hat, zu erfahren, nicht bloß welche Zeugen, sondern auch worüber sie vernommen werden sollen. Nur auf Grund dieser Kenntniß vermag er Information darüber einzuziehen, ob dem Zeugen über die von ihm zu bekundende Thatsache Kenntniß beiwohnen könne, event. Gegenbeweis anzutreten. Endlich mag noch bemerkt werden, daß auch die österr. St.PO. vom 23. May 1873 im § 207 Abs. 6 verordnet, daß die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft in so vielen Ausfertigungen zu überreichen sei, daß jedem der Angeklagten ein Exemplar zugestellt werden könne.

Wird diesen Ausführungen beigetreten, und insbesondere ins Auge gefaßt, daß den Ausdruck: „zustellen“ nicht bloß der Entwurf im § 178, sondern auch der auf den Antrag **von Puttkamer** von der Justizkomm. beschlossene Abs. 2 desselben enthielt, und wird demzufolge anerkannt, daß die StPO. die Mittheilung einer Abschrift der Anklageschrift allgemein verlange, so wird hierin — wie bereits am Schlusse des Passus A bemerkt — eine Bestätigung der Ansicht von **Keller** und Gen. zu finden sein, daß es auch bezüglich der im § 199 angeordneten „Mittheilung“ nicht von dem Ermessen des Vorsitzenden abhänge, ob dieselbe mittelst Vorlesens der Anklageschrift, oder durch Ertheilung einer Abschrift derselben auszuführen sei, diese letztere vielmehr unbedingt erfolgen müsse. — Die Frage, ob das Unterbleiben derselben zur Begründung des Rechtsmittels der Revision geeignet sei, liegt außerhalb der Kontroverse. — Ferner ist

IV. streitig, ob die Worte des Abs. 4: „vor den Schöffengerichten zu verhandelnden“ auch auf die diesen Gerichten auf Grund des § 75 GVG. überwiesenen Sachen Anwendung finden. Daß diese Frage von

Keller — dem sich **von Bomhard** S. 144. 11 angeschlossen hat —

und **Löwe** bejaht wird, ergiebt sich aus ihren unter Nr. I dieser Abhandlung mitgetheilten Bemerkungen. Derselben Ansicht ist

Fuchs. Er sagt a. a. O. S. 9 in der Note 9, im Anschluß an die Bemerkung, daß die Vorschrift des Abs. 1 des § 199 auf die vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen keine Anwendung finde:

„Nach der Fassung des Gesetzes ist es gleichgültig, ob das Schöffengericht an sich zuständig war, oder ob eine Strafsache erst durch Beschluß der Strafkammer nach § 75 GVG. an das Schöffengericht verwiesen worden ist."

Thilo spricht sich über die Frage nicht in bestimmten Worten aus. Da er jedoch in dem Satze S. 223. 6

„die schöffengerichtlichen Sachen sind von den Bestimmungen des § 199 ausgeschlossen, weil in ihnen das Rechtsmittel der Berufung statthaft ist, also eine mangelhafte Vertheidigung in erster Instanz in der folgenden nachgeholt werden kann, und weil die Untersuchungssachen auch ihrer Natur nach einfacher liegen und minder bedeutungsvolle Folgen haben."

auf die nach § 354 StPO. auch in den überwiesenen Sachen zulässige Berufung hinweist, und der von ihm gewählte Ausdruck „schöffengerichtliche Sachen" jene Sachen nicht ausschließt, scheint angenommen werden zu dürfen, daß auch auf diese die vorstehende Bemerkung bezogen werden soll.

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertheidigt von

Voitus. Er bespricht S. 218. 3 den Abs. 4 des § 199 in Verbindung mit der die Voruntersuchung betreffenden Vorschrift des Abs. 3 des § 276, und führt aus:

Den Ausdruck „Zuständigkeit" braucht das Gesetz in den §§ 27 und 28 GVG. im Gegensatze zu den den Schöffengerichten auf Grund des § 75 GVG. vom Landgericht überwiesenen Sachen, in Betreff deren der § 29 sagt: daß sie auch dahin gehören. Dies erwogen, würde — abgesehen von Zusammenhangsfällen — die Voruntersuchung nur in den Sachen der ersteren Kategorie unzulässig sein.

Hiermit scheint zwar die Vorschrift des Abs. 4 § 199 StPO. nicht übereinzustimmen. Denn nach dieser sollen die sämmtlichen im § 199 enthaltenen Vorschriften in den vor den Schöf-

fengerichten „zu verhandelnden — mithin auch in den ihnen nach § 75 GVG. überwiesenen — Sachen“ außer Anwendung bleiben, also auch die dort angeordnete Befragung des Angeschuldigten, ob er eine Voruntersuchung beantrage, fortfallen; und da der § 176 Abs. 2 auf den § 199 ausdrücklich Bezug nimmt, so würde, wenn die Worte des Abs. 4 des letzteren für entscheidend erachtet werden, dem Angeschuldigten auch die Befugniß zu dem Antrage auf Voruntersuchung entzogen sein.

Da jedoch der § 176 bezüglich der Grenzen der Zulässigkeit einer Voruntersuchung die sedes materiae bildet, in diesem § aber der Ausdruck „Zuständigkeit“ wiederholt gebraucht ist, ferner auch die Untersuchungen, welche den Schöffengerichten nach § 75 GVG. überwiesen werden dürfen, in Bezug auf Umfang und Verwickelung häufig den zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte und der Schwurgerichte gehörenden gleichstehen werden, so dürfte es sich empfehlen, die Wortfassung des Abs. 3 § 176 StPO. für entscheidend zu erachten, die Unzulässigkeit einer Voruntersuchung also auf solche Fälle zu beschränken, für welche die Schöffengerichte nach den §§ 27. 28 GVG. zuständig sind.“ — Dieser Ansicht hat sich

Puchelt angeschlossen. Er verweist S. 353. 8 wegen der den Gegenstand des Abs. 4 § 199 bildenden „schöffengerichtlichen Sachen“ auf seine Note 5 zu § 176, wo er S. 328 sagt:

„Der § 176 Abs. 3 und der § 199 Abs. 4 gelten nicht für die Fälle der §§. 29. 75 GVG.“

Die Geschichte der Entstehung des Abs. 4 des § 199 bietet einen Anhalt zur Entscheidung der Streitfrage nicht dar. Dieser Abs. war in dem §, wie ihn die Justizkomm. in erster Lesung dem Entwurfe hinzugefügt hatte, noch nicht enthalten. In zweiter Lesung wurde (Prot. S. 932) die Hinzufügung des Abs. 4 beantragt und beschlossen. Der Antragsteller bemerkte: das Motiv zu dem Antrage liege in der Zulassung der Berufung gegen „schöffengerichtliche Urtheile“; er erachte für die „vor den Schöffen verhandelten“ Sachen die Vorschriften des § 165. a (§ 199) nicht für erforderlich. Auch von anderer Seite wurden weitere Gründe zur Unterstützung des Antrages nicht angeführt.

Die Frage, ob die Aufnahme des Abs. 4 in den § 199 (165. a)

ihre Wirksamkeit auch auf die den Schöffengerichten überwiesenen Sachen äußern solle, kam bei der Berathung des betreffenden Antrags nicht zur Sprache. Anscheinend ist sie nicht ins Auge gefaßt worden, da man sonst dem in dieser Beziehung zwischen dem Abs. 4 dieses § und den Abs. 2 und 3 des § 176 bestehenden Widerspruch, welcher die Kontroverse hervorgerufen hat, vorgebeugt haben würde.

Auch der Bericht der Justizkomm. läßt jene Frage unberührt. Nur bei Besprechung des Beschlusses, welcher in „landgerichtlichen Strafsachen" auch den Angeschuldigten den Antrag auf Voruntersuchung zubilligt, ist zur Rechtfertigung desselben auch darauf hingewiesen, daß in der Hauptverhandlung die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten „inappellabel gefällt werde". (S. 48 oben.)

Die von **Keller** und Gen. vertheidigte Ansicht dürfte sich mit der vorstehend bereits erwähnten Vorschrift des § 176 StPO. nicht vereinigen lassen.

Daß die Auffassung der Worte des Abs 4 des § 199 „vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen" dahin, daß darunter auch die jenen Gerichten auf Grund des § 75 GVG. überwiesenen Sachen zu verstehen seien, sprachlich eine an sich berechtigte ist, kann nicht verkannt werden. Es ist jedoch bereits im ersten Hefte der „Kontroversen" bei Besprechung des dieselben Worte enthaltenden § 140 StPO. nachzuweisen versucht worden, daß dieselben, da in Bezug auf sie die StPO. eine feste, ihren Sinn klarstellende Terminologie nicht ergebe, für sich allein nicht entscheidend seien, vielmehr in jedem einzelnen Falle nach den allgemeinen Regeln der Gesetzauslegung geprüft werden müsse, welche Bedeutung das Gesetz ihnen beigelegt wissen wolle. Es ist dabei bemerkt worden, daß es auch für sprachwidrig nicht gelten könne, wenn **Keller** jene Worte des § 140 durch: „für welche das Landgericht zuständig ist", übersetze.

Im vorliegenden Falle erscheint die engere, die dem Schöffengericht vom Landgericht überwiesenen Sachen ausschließende Auffassung jenes Wortes geboten.

Zu den Befugnissen, welche der erste Abs. des § 199 dem Angeschuldigten gewährt, gehört auch der Antrag auf Voruntersuchung. Diese Befugniß würde, von der Auslegung, welche **Keller** u. Gen. dem

vierten Abs. geben, ausgegangen, nicht bloß bezüglich der zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen, sondern auch der ihnen überwiesenen Sachen in Fortfall kommen. Nun schließt aber der § 176 Abs. 3 *nicht* diese letzteren, sondern *nur* die zur *Zuständigkeit* der Schöffengerichte gehörenden Sachen von der Voruntersuchung aus. Mit dieser Vorschrift würde die *weitere* Interpretation des Abs. 4 des § 199 in um so grelleren Widerspruch treten, als auch der Abs. 2 des § 176, und zwar *unter ausdrücklicher Hinweisung auf den* § 199 ganz allgemein — ohne zwischen solchen Sachen, in welchen das Landgericht *selbst* verhandelt, und solchen, die es dem Schöffengericht überweist, zu unterscheiden — verordnet: daß die Voruntersuchung in den zur *Zuständigkeit des Landgerichts* gehörenden Strafsachen stattfinde.

Dies erwogen, kann auch hier die bloße *Zulässigkeit* der Subsumirung der überwiesenen Sachen unter den Begriff „zu verhandelnde" für *maßgebend* um so weniger erachtet werden, als der Abs. 1 des § 199 eine allgemeine *Regel* ausspricht, die im Abs. 4 statuirte *Ausnahme* mithin nicht über den durch *bestimmte* Worte festgestellten Sinn hinaus, ausgedehnt werden darf.

Würde aber auch von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, also eine zwischen dem § 176 Abs. 2 u. 3 einer- und dem § 199 Abs. 4 andrerseits bestehende *Antinomie* angenommen, so würden doch mehrfache Gründe dafür sprechen, die letztere Vorschrift hinter die erstere zurücktreten zu lassen, also die Unzulässigkeit der Voruntersuchung auf die zur *Zuständigkeit* der Schöffengerichte gehörenden Sachen zu beschränken.

Zunächst ist — wie bereits von **Voitus** in der oben mitgetheilten Note zu § 176 bemerkt — *dieser* § bezüglich der Grenzen der Zulässigkeit der — in der StPO. in einem besonderen Abschnitt behandelten — Voruntersuchung sedes materiae. Er regelt dieselben durch bestimmte, präzise redigirte Vorschriften, unter Anwendung des der festen Terminologie der StPO. entsprechenden Ausdrucks: „Zuständigkeit". Das in seinem Abs. 2 auch solchen Angeklagten, deren zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörender Straffall von letzterem dem Schöffengericht überwiesen wird, völlig deutlich gewährte Recht: unter der in Nr. 2 angegebenen Bedingung auf Voruntersuchung anzutragen, konnte

ihnen nicht auf dem indirekten Wege der negativ gefaßten Vorschrift des Abs. 4 des § 199 wieder entzogen werden.

Gegen die Absicht einer Verkümmerung dieses Rechts spricht auch, daß, während in dem Entwurfe zur StPO. (§ 149) den Angeklagten die Befugniß ihrerseits auf Voruntersuchung anzutragen, überhaupt nicht eingeräumt war, diese erst von der Justizkomm. nach äußerst umfangreichen Debatten eingeführt worden ist (Prot. S. 227—264. 896—918), hiermit aber jene Absicht nicht im Einklange stehen würde.

Endlich lag aber auch de lege ferenda vollkommen ausreichender Grund vor, bei der Aufnahme der Vorschriften des § 176 (Entw. 149) zwischen den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörenden und den ihnen vom Landgericht überwiesenen Sachen zu unterscheiden und nur die ersteren, nicht auch die letzteren von der Vorschrift des Abs. 2 Nr. 2 auszuschließen. Denn das Gesetz giebt dadurch, daß es diese letzteren von Hause aus der Zuständigkeit der *Landgerichte* zuweist, zu erkennen, daß es dieselben an sich für die schöffengerichtliche Strafjustiz nicht für geeignet erachtet. Hat es nun auch im § 75 GVG. die Ueberweisung derselben an die Schöffengerichte unter gewissen Voraussetzungen nachgelassen, so würde es sich doch nicht empfohlen haben, sie auch in der hier in Rede stehenden Beziehung den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörenden gleichzustellen. Denn, erheischt die Sachlage, wie sie sich in der Hauptverhandlung gestaltet, eine das Maß des § 27 Nr. 2 GVG. übersteigende Strafe, so unterscheidet sich die vor dem Schöffengerichte verhandelte Untersuchung der Sache nach nicht von der, welche beim Landgericht stattgefunden haben würde. Mindestens muß dies Argument von Denjenigen als zutreffend anerkannt werden, welche, ungeachtet des Mangels einer bezüglichen *gesetzlichen Vorschrift*, die Rückverweisung der überwiesenen Sache an das Landgericht für unstatthaft erachten.

Wie geringen Werth man aber auch diesen letzteren Ausführungen beilegen mag: entscheidend für die hier vertheidigte Ansicht wird immer bleiben, daß der § 176 Abs. 3 in den zur *Zuständigkeit* der Landgerichte gehörenden Sachen den Angeschuldigten das im Abs. 2 Nr. 2 bezeichnete Recht einräumt, und der §. 73 Nr. 1 GVG. auch die der *Ueberweisung* unterliegenden Sachen dahin rechnet. Diesem Argument gegenüber muß es unerheblich erscheinen, daß — wie oben erwähnt

— als Motiv des Antrages auf Aufnahme des Abs. 4 des § 199 StPO. ohne die vorliegende Frage überhaupt, geschweige denn den § 176 zur Berathung zu stellen, die „Zulassung der Berufung gegen schöffengerichtliche Urtheile" geltend gemacht wurde — ein Grund, der, wie bereits erwähnt, allerdings auch auf die den Schöffengerichten überwiesenen Sachen nach § 354 StPO. Anwendung finden würde. Vergl. **von Schwarze** „Erörterungen" S. 90—92.

Bemerkt mag werden, daß die Worte des Abs. 2 Nr. 2 des § 176: „in Gemäßheit des § 199 beantragt" — deren Zweck und Bedeutung nicht auf den ersten Blick klar ist — auf die hier vorliegende Frage ohne Einfluß sind. Dieselben fehlten im § 149 des Entw., wie er aus der ersten Lesung der Justizkomm. hervorging. Dies hatte zur Folge, daß der Beschuldigte auch selbst in dem Falle auf Voruntersuchung hätte antragen dürfen, wenn die Staatsanwaltschaft sich noch gar nicht darüber schlüssig gemacht hatte, ob sie ihrerseits einen solchen Antrag stellen, oder ohne Voruntersuchung Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen wolle. Dies veranlaßte bei 2ter Lesung den Abgeordneten Dr. **Wolffson** (Prot. S. 896 unten) zu dem — S. 918 angenommenen — Antrage auf Einschaltung jener Worte, indem er geltend machte, daß in einem solchen Stadium des Verfahrens der Beschuldigte noch kein Interesse dabei habe, die Voruntersuchung zu beantragen.

Ist aber hiernach die dem Abs. 4 des § 199 von **Keller** u. Gen. gegebene weitere Auslegung mit dem dem Angeschuldigten in Ueberweisungsfällen zustehenden Rechte, Voruntersuchung zu beantragen nicht vereinbar, so folgt von selbst, daß die Abs. 1—3 des § überhaupt auf solche Angeschuldigte Anwendung finden.

V. Es ist allerdings wahrscheinlich, daß den Uebelständen, welche eine den Worten des Abs. 1 § 199 StPO. entsprechende Fassung der an den Angeschuldigten zu richtende Aufforderung voraussichtlich nach sich ziehen würde, Seitens der Vorsitzenden der Gerichte, auch ohne Anregung Seitens der Kommentatoren, vorgebeugt werden wird. Da jedoch die Nothwendigkeit einer Modifikation derselben in Abrede gestellt worden ist, empfiehlt es sich, den Gegenstand in der Kürze hier zu besprechen.

Voitus sagt darüber S. 233. 5:

„Wird der Angeschuldigte nicht aufgefordert, innerhalb der

ihm gestellten Frist: „die ihm nöthig erscheinenden einzelnen Beweiserhebungen zu beantragen, bzhw. Einwendungen vorzubringen," sondern — den Worten der Vorschrift entsprechend: „zu erklären, ob er beantragen bzhw. vorbringen wolle", so wird er mit den Anträgen und Einwendungen nicht präkludirt werden dürfen, wenn er innerhalb der Frist erklärt, „daß er allerdings derartige Anträge zu stellen, oder Einwendungen anzubringen beabsichtige", da die Fassung des Abs. 1 ihn zu der Annahme berechtigt, daß ihm noch nach Abgabe einer bejahenden Erklärung zur Ausführung jener Absicht — z. B durch protokollarische Vernehmung — Gelegenheit werde geboten werden.

Fuchs, der S. 23 Abs. 2 a. a. O. aus der vorstehenden Ausführung nur den Satz von den Worten: „wird er mit den Anträgen und Einwendungen — anzubringen beabsichtigt", mittheilt, bemerkt:

„Auch die Fassung des § 199 giebt noch zu weiteren Bedenken Anlaß. Nach dem Wortlaut soll sich der Angeschuldigte innerhalb einer vom Vorsitzenden (zu bestimmenden) Frist nur erklären, ob er eine Voruntersuchung oder Beweiserhebungen und dergl. beantragen wolle. Bestimmte Anträge innerhalb dieser Frist zu stellen, scheint er hiernach nicht verpflichtet und es müßte genügen, wenn er unter Innehaltung der Frist erklärt, er habe noch weitere Beweiserhebungen zu beantragen, und bitte, ihm hierzu eine weitere Frist zu stellen, oder ihn zu solchem Zwecke zu einem besonderen Termine vorzuladen. Diese Ansicht ist von einem Kommentator der StPO. (**Voitus**) ausgesprochen worden; wir vermögen derselben jedoch nicht beizutreten. Die Möglichkeit von Verzögerungen und Verschleppungen würde danach freilich erheblich vergrößert werden. Aber zu solcher Auffassung scheint uns der Wortlaut des Gesetzes doch nicht hinreichende Veranlassung zu geben. Es genügt offenbar, und entspricht auch der Absicht des Gesetzes, wenn der Angeschuldigte bei Mittheilung der Anklageschrift zugleich dahin bedeutet wird, daß, wenn er eine Voruntersuchung beantragen wolle, er die Gründe zu solchem Antrage — wenn er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen wünsche, er die Thatsachen, über welche der Beweis erhoben werden soll und die Beweis-

mittel, — falls er Einwendungen gegen Eröffnung des Hauptverfahrens machen wolle, er die Einwendungen selbst und zwar innerhalb der gewährten Frist anzugeben habe.

Dieser Schlußsatz: „Es genügt offenbar ꝛc.", welcher sich über das, was dem Angeschuldigten in der Aufforderung zu sagen sei, durchaus zweckmäßig, aber auch völlig abweichend von der im Abs. 1 des § 199 angegebenen Fassung der Aufforderung, ausspricht, ergiebt im Hinblick auf das von **Voitus** im Eingange seiner Note 5 Gesagte deutlich, daß zwischen diesen beiden Kommentatoren sachlich eine Meinungsverschiedenheit — wie **von Schwarze** in den „Erörterungen" S. 94 Note ** unterstellt — nicht obwaltet; denn jener Eingang giebt zu erkennen, daß das Monitum der ganzen Note von **Voitus** überhaupt keinen anderen Zweck hat, als auf eine solche Redaktion der Aufforderung hinzuwirken, welche den Angeschuldigten vor mißverständlicher Auffassung der Bedeutung der letzteren, und event. vor dem Nachtheil bewahre, welchen eine Präklusion mit der betreffenden Erklärung zur Folge haben kann. Insoweit würde daher eine Kontroverse überhaupt nicht vorliegen. Eine solche stellt sich aber durch **Puchelt's** Note 3 Abs. 2 S. 352 heraus. Er sagt:

„grundlos sind die Bedenken von **Voitus** S. 233 Nr. 5".

Allerdings entzieht sich dieser Ausspruch Mangels jeder Motivirung nicht nur der Widerlegung, sondern er erschwert auch die Vertheidigung gegen den Vorwurf der Grundlosigkeit der darin angefochtenen Bemerkung. Allein der von **Puchelt** gewählte Pluralis: „die Bedenken" läßt keinen Zweifel, daß er die den Gegenstand jener Note 5 bildende Bemängelung der Redaktion des Abs. 1 des § 199 überhaupt mißbillige, also eine den Worten des letzteren entsprechende Fassung der „Aufforderung" für korrekt und zweckmäßig halte. Diese Ansicht erscheint bedenklich.

Den Worten des § folgend — und diese sind ja für den Richter in erster Linie leitend — würde dem Angeschuldigten zu schreiben sein: er werde aufgefordert, binnen der gestellten Frist sich zu erklären, ob er eine Voruntersuchung oder die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen, oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle.

Ergeht eine so redigirte Aufforderung an einen Rechtsverstän-

digen, so wird denselben der § 176 StPO. zu der Auslegung verhelfen, daß er nicht bloß erklären solle, ob er eine Voruntersuchung beantragen wolle, daß er vielmehr, um nicht der Präklusion zu verfallen, einen solchen Antrag auch, der Vorschrift des Abs. 2 Nr. 2 jenes § entsprechend, begründen müsse. Die Aufforderung ergeht aber auch an eine wegen eines zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörenden Vergehens angeschuldigte, mit einem Vertheidiger nicht versehene ländliche Dienstmagd, welcher — wie auch ihrem von ihr konsultirten bäuerlichen Brodherrn — selbst der Begriff „Voruntersuchung", um wie viel mehr der Inhalt des § 176 StGB. völlig fremd ist. Da darf wohl gefragt werden, ob diese Person, wenn der Landgerichts-Präsident ein Mehreres nicht von ihr fordert, als die Erklärung: ob sie eine Voruntersuchung beantragen wolle, nicht zu der Annahme berechtigt ist, daß sie der Aufforderung durch die Antwort: „Ja, sie wolle eine Voruntersuchung beantragen", genüge, und daß diese Erklärung ihre Vorladung zu einem Termin zur Folge haben werde, in welchem man ihr eröffnen werde, was sie unter einer Voruntersuchung zu verstehen habe und welche Erklärungen und Anträge in Bezug darauf erforderlich und zweckmäßig seien. Es würde eine nicht zu rechtfertigende und mit dem favor defensionis, welcher allein, nach Ausweis der Prot. der Justizkomm., den § 199 ins Leben gerufen hat, unvereinbare Härte sein, wenn man die Angeschuldigte, deren Antwort auf die ihr vorgelegte Frage völlig logisch und der letzteren kongruent abgegeben ist, des Rechts auf Voruntersuchung lediglich deshalb für verlustig erklären wollte, weil sie nach dem Grundsatze: ignorantia juris nocet, es sich selbst beimessen müsse, daß sie nicht nach Anleitung des § 276 StPO. erwogen habe, daß der Vorsitzende in seiner Verfügung nicht bloß eine Erklärung ihrer Absicht, sondern eine den gesetzlichen Erfordernissen einer Voruntersuchung entsprechende Begründung des Antrags auf eine solche gemeint habe.

Anstatt einer „genau in dem Wortlaute des § 199 zu erlassenden" Aufforderung, wie sie **von Schwarze** § 2 S. 92 der „Erörterungen" als zweckmäßig bezeichnet, wird daher der Vorsitzende dieselbe in einer, den oben mitgetheilten Bemerkungen von **Fuchs** entsprechenden Weise zur Wahrung des Interesse des Angeschuldigten und der Absicht des Gesetzes, zu redigiren haben.

Aehnlich verhält es sich in Betreff des Antrags auf „einzelne Beweiserhebungen“. Hier tritt die Verpflichtung des Vorsitzenden, dem Angeschuldigten zum Zwecke richtigen Verständnisses der Aufforderung in seiner Verfügung zu Hülfe zu kommen, im mindestens gleichen Maße hervor. Denn dadurch, daß das Gesetz ausschließlich von „Beweiserhebungen“ spricht, wird der rechtsunkundige Angeschuldigte zu der Auffassung verleitet, daß es sich nur um Beibringung vom Beweise behufs der Entkräftung des von der Staatsanwaltschaft angetretenen Belastungsbeweises handle. Derselbe ist aber auch berechtigt, im Interesse seiner Vertheidigung seinerseits Thatsächliches — dessen auch Fuchs erwähnt — anzuführen, und hierüber Beweis anzutreten.

1) Erschöpfen die §§ 56. 57 StPO. die Fälle nichteidlicher Zeugenvernehmungen?

2) Berechtigt der Verzicht der Staatsanwaltschaft und des Vertheidigers das Gericht, von der Beeidigung eines vernommenen Zeugen abzustehen? § 244 Abs. 1 StPO.

Die zweite der beiden Fragen, im Betreff deren die Ansichten der Kommentatoren entschieden von einander abweichen, wird von denselben in Verbindung mit der ersten besprochen. Die überwiegende Mehrzahl bejaht die erste und verneint die zweite Frage.

Geyer (von Holtzendorff, Handb. des deutschen StPRechts B. I S. 281—283) schickt die allgemeine Bemerkung voraus, daß die StPO. über die untauglichen Zeugen (inhabiles) keine und über die s. g. verdächtigen (suspecti) nur indirekte Bestimmungen enthalte, erklärt es für selbstverständlich, daß der Richter von der Beeidigung eines Zeugen abzustehen habe, wenn der physische oder psychische Zustand desselben der Art sei, daß eine irgend werthvolle Aussage unmöglich erscheine, und fährt dann fort S. 282. 2:

> „In einer anderen Hinsicht dagegen schränkt das Gesetz das Ermessen des Richters ein und schafft damit zugleich einige Kategorieen, welche man füglich als verdächtige bezeichnen kann. Es stellt als Regel die Beeidigung der Zeugen auf und formulirt die Ausnahmen von dieser Regel (§§ 56. 57), ohne daß es dem Richter gestattet ist, andere Personen, welche nicht unter die gesetzlich ausgenommenen gehören, nach seinem Ermessen eidlich oder nicht eidlich zu vernehmen."

Im Einklange hiermit führt er in Bezug auf die 2te Frage aus:

„Geht das Gesetz, wie wir sehen, von dem Grundsatz aus, daß der Zeuge beeidigt werden müsse, wenn nicht die Fälle der §§ 56. 57 vorliegen, so darf auch von der Vereidigung dann nicht abgesehen werden, wenn Staatsanwalt und Vertheidiger auf sie verzichten und das Gericht mit dem Verzichte einverstanden ist. Es kann allerdings von der Erhebung einzelner Beweise abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Vertheidiger hiermit einverstanden sind (§ 244, 2. Satz); wird aber der Beweis erhoben, so muß dies in den durch das Gesetz (hier den § 60) vorgeschriebenen Formen geschehen."

Keller S. 48. 2 sagt:

„Die Ausnahme des § 56 ist nicht auszudehnen." Er führt ein Beispiel aus dem Civilprozeß an und fährt dann fort: „Ebensowenig kann die Beeidigung unterbleiben bei Gründen gänzlicher Unglaubwürdigkeit, oder, weil die Aussage — als besonders unglaubwürdig sich darstellt."

Löwe S. 321. 1. a:

„Die §§ 56. 57 besagen ihrem Wortlaut nach zwar nur: daß gewisse Zeugen unbeeidigt bleiben müssen, bzhw. dürfen; sie geben aber mittelbar zugleich dem Grundsatz Ausdruck, daß jede Zeugenaussage beeidigt werden muß, sofern nicht ein im Gesetz vorgesehener Grund für die Nichtbeeidigung vorliegt; vergl. Mot. S. 145. Es ist in dem auf dem Prinzip der freien Beweiswürdigung beruhenden Strafverfahren dem Richter zwar nicht verwehrt, sein Urtheil auch auf unbeeidigte Zeugnisse zu stützen; allein, wo es an einem gesetzlichen Grunde für die Nichtbeeidigung fehlt, da darf die Beeidigung nicht unterbleiben."

Ferner S. 322. 2. a:

„Die Beeidigung darf also auch nicht deshalb unterlassen werden, weil der Aussage auch ohne den Eid voller Glaube zu schenken sei, oder weil umgekehrt dieselbe auch im Falle der Beeidigung für werthlos anzusehen sein würde; selbst die offenbare Unglaubwürdigkeit einer Aussage kann die Unterlassung der Beeidigung nicht rechtfertigen."

Dann S. 323 Nr. 4: „Die Nothwendigkeit der Beeidigung ist in Strafsachen ganz unabhängig von den Anträgen der

Prozeßbetheiligten; daher ist auch ein **Verzicht** der letzteren auf die Eidesleistung völlig bedeutungslos."

Puchelt S. 138. 3:

„Nach der bekannten Rechtsregel „exceptio firmat regulam" folgt aus §§ 56. 57 für den eidesfähigen Zeugen und das Gericht die Pflicht zur Leistung, resp. Abnahme des Zeugeneides."

„Von der Nothwendigkeit der Beeidigung giebt es keine, als die in §§ 56. 57 bestimmten Ausnahmen; weder Verzicht der Betheiligten, noch Unerheblichkeit der Aussagen oder die bereits vorhandene Ueberzeugung des Gerichts, noch andere Gründe können von dieser prozessualischen Vorschrift befreien."

von Schwarze spricht sich hinsichtlich der 2ten der beiden oben formulirten Fragen klar **gegen** die vorstehend mitgetheilten Ansichten aus:

„Auch fragt es sich" — sagt er S. 187. 2 — „ob nicht trotz des Grundsatzes, daß der eidesfähige Zeuge vereidet werden muß, von der Vereidung des Zeugen dann abgesehen werden darf, wenn der Staatsanwalt und Vertheidiger auf sie verzichten und das Gericht mit dem Verzichte einverstanden ist. Die Frage ist zu bejahen. Es liegt hier ein theilweiser Verzicht auf das Beweismittel vor, bezüglich dessen man die Vorschrift des § 244 analog anwenden kann."

In Bezug auf die erste Frage lassen seine Bemerkungen seine Meinung nicht mit voller Sicherheit erkennen. Er sagt zwar S. 187. 2 zu § 56:

„In den Fällen, daß die Vereidung gesetzlich zulässig ist, wird sie vom Gesetze auch als nothwendig betrachtet." Er knüpft aber unmittelbar hieran die Bemerkung: „Das Urtheil kann auf die Aussagen eidesfähiger, jedoch nicht beeidigter Zeugen nicht gestützt werden",

faßt also die Frage, ohne nähere Motivirung jenes Ausspruchs aus den Vorschriften der StPO., ausschließlich in Beziehung auf die **Wirkung** der unterbliebenen Beeidigung ins Auge. Und wenn **von Schwarze** demnächst S. 193. 4 bei Besprechung des § 60 StPO. sich dahin ausspricht:

„Das Gericht kann die Beeidigung bis zum Schlusse der Vernehmung auch aussetzen, wenn es zweifelhaft ist, ob der Zeuge überhaupt etwas Erhebliches aussagen wird"

so knüpft **Geyer** S. 283 a. a. O. hieran wohl mit Recht die Bemerkung: **von Schwarze** scheine die Ansicht **Löwe's**, daß die Beeidigung nothwendig sei, auch wenn der Zeuge nur Unerhebliches sage, nicht zu theilen. — Auch

Thilo's Bemerkungen zu dem § 56 lassen seine Ansicht über die vorliegende Frage zweifelhaft. Denn, wenn er S. 60. 1 sagt:

„Als Regel gilt, daß jede Zeugenaussage, welche zum Hauptverfahren gelangt (§ 65), beeidet werden muß, wenn nicht eine vom Gesetze vorgesehene Ausnahme vorliegt,"

so lassen die Worte: „als Regel gilt" die Auffassung zu, daß er in der Bestimmung des § nur den Ausdruck eines Prinzips, nicht aber das Gebot finde, in allen dort nicht erwähnten Fällen ausnahms- und rücksichtslos mit der Eidesabnahme vorzugehen.

Dieser Ansicht dürfte auch bei Erwägung der sehr ernsten Bedenken, welche sich im Hinblick auf die Heiligkeit des Eides und die Würde des richterlichen Amtes an die von **Geyer** und Gen. vertheidigte Meinung knüpfen, — nach welcher das Gericht die nach allseitiger Ueberzeugung erlogenen Aussagen eines bestochenen Zeugen durch einen Meineid bekräftigen zu lassen, gezwungen sein soll — der Vorzug zuzugestehen sein.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, daß die StPO. mit einer derartigen Vorschrift mit den Bestimmungen nicht nur älterer, sondern auch solcher neuerer Strafprozeßordnungen in Widerspruch treten würde, welchen, gleich der deutschen StPO., das Prinzip freier Beweiswürdigung zum Grunde liegt, die mithin anerkennen, daß das Recht und die Pflicht des Richters, in besonderen Ausnahmefällen von der Beeidigung eines Zeugen auch wegen offenbarer Unwahrheit seines Zeugnisses Abstand zu nehmen, mit jenem Prinzip vollkommen vereinbar sei.

Die Preußische Kriminalordnung vom J. 1805 verordnete im § 333 die Vereidung des Zeugen, „wenn nicht bei seiner Vernehmung Gründe der gänzlichen Unglaubwürdigkeit, besonders der Theilnahme an dem Verbrechen, entdeckt würden. Unter Bezugnahme auf diesen § und eine Anzahl von Erkenntnissen des Preuß. Obertribunals

bemerkt **Oppenhoff** (Die Preuß. Ges. über das Verfahren in Strafsachen, S. 279): „Die Vereidung kann unbedenklich aus dem Grunde abgelehnt werden, weil das Gericht die Aussage für unglaubwürdig erachtet. Die hierfür angeführten (thatsächlichen) Gründe unterliegen nicht der Kritik des Nichtigkeitsrichters.“ Die Preuß. Verordnung vom 25. Juni 1867, betreffend das Strafverfahren in den s. g. neuen Provinzen, enthielt im §. 160 zunächst die allgemeine Bestimmung, daß die Beeidigung bei keiner Zeugenvernehmung unterbleiben dürfe, insofern nicht ein diese Unterlassung rechtfertigender Grund festgestellt sei, führte demnächst im § 161 solche Zeugen auf, welche, wenn es sich nicht um eine That handele, die gegen sie selbst, oder einem Angehörigen der Familie verübt worden, nicht vereidigt werden dürfen, und bestimmte dann im § 162:

> Die Vereidigung eines Zeugen kann unterbleiben, wenn sich derselbe wegen Verstandesschwäche, wegen seiner mangelnden Einsicht in das Wesen des Eides, wegen seines dringenden Interesse zur Sache, oder aus anderen Gründen als besonders unzuverlässig darstellt.

In Uebereinstimmung hiermit heißt es im §. 170 der Oesterreichischen StPO. vom 23. Mai 1873 nach den Eingangsworten: „Folgende Personen dürfen bei sonstiger Nichtigkeit des Eides nicht beeidet werden“:

7. „welche in ihrem Verhöre wesentliche Umstände angegeben haben, deren Unwahrheit bewiesen ist, und worüber sie nicht einen bloßen Irrthum nachweisen können.“

Die Statuirung einer solchen Ausnahme von der Regel der Beeidigung an sich eidesfähiger Zeugen ist aber auch de lege ferenda unerläßlich. Denn, so richtig es ist, daß ein Zeuge nicht lediglich wegen Unerheblichkeit seiner Aussagen unbeeidigt bleiben darf, da erst der Eid eine Garantie dafür bieten soll, daß der Zeuge in der That ein Mehreres nicht zu bekunden vermöge, so fällt doch jeder Zweck der Eidesnahme dann fort, wenn — wie **Löwe** unterstellt — die Aussage „auch im Falle der Beeidigung für werthlos anzusehen sein würde“, das Gericht also entschlossen ist, dem Zeugniß einen Einfluß auf sein Urtheil auch dann nicht einzuräumen, wenn es beschworen wäre. Zu einem solchen Entschlusse ist er aber berechtigt und verpflichtet, wenn

der Zeuge bei seinen Angaben über wesentliche Punkte seiner Vernehmung der Lüge überführt, ohne zur Abwehr dieses Vorwurfs überhaupt etwas anführen, geschweige denn einen Irrthum behaupten zu können. Und doch gehören die Fälle nicht zu den seltenen, wo der s. g. Alibi-Zeuge den Angeklagten zu einer von ihm angegebenen Zeit an einem bestimmten Orte gesehen haben will, diesen Ort aber bei näherem Befragen in dem Maße abweichend von der notorischen Lokalität beschreibt, daß die wissentliche Unwahrheit seiner Angaben klar zu Tage liegt, und die Ueberzeugung hiervon bei den Richtern, bzhw. Geschworenen, und dem Staatsanwalt durch seine auf Vorhaltung des Vorsitzenden gemachten Ausflüchte nur bestätigt wird. Sollte sich in der That ein Gesetz rechtfertigen lassen, welches den Richter zwänge, in derartigen Fällen wissentlich einen Meineid abzunehmen, und das der Gerichtssitzung beiwohnende Publikum zu der Meinung geringschätziger Behandlung des Eides Seitens der mit der Strafrechtspflege betrauten Beamten zu verleiten?

Diese Bedenken gegen die Ansicht von **Geyer** und Gen. werden aber mit Rücksicht auf den § 69 StGB. noch erheblich verstärkt, wenn ein solcher Zeuge nach erfolgter Vorhaltung der offenbaren Unwahrheit seiner Angaben die Eidesleistung *verweigert*. Denn sind — wie **Löwe** meint — „die Gründe, aus denen im Hauptverfahren die Beeidigung eines Zeugen unterbleiben darf, in den §§ 56. 57 *erschöpfend* aufgeführt", muß — wie **Geyer** sagt — der Zeuge beeidigt werden, „wenn nicht Fälle der §§ 56. 57 vorliegen", so muß sein verweigerter Eid, so zwecklos dies auch nach der Ueberzeugung des Gerichtshofes ist, nach dem § 69 in Verbindung mit dem § 244, unter Aussetzung der Hauptverhandlung, erzwungen werden.

Daß diese aus den Vorschriften anderer Strafprozeßordnungen, der Gerichtspraxis und den de lege ferenda vorstehend geltend gemachten Bedenken zur *Widerlegung* der hier bekämpften Ansicht nicht genügen, ist selbstverständlich; sie dürften aber doch *die* Meinung rechtfertigen, daß es zur Begründung jener Ansicht einer *ausdrücklichen* Vorschrift der StPO., mindestens des Nachweises solcher Bestimmungen bedurft hätte, welche die *Absicht* des Gesetzes, den Richter auch in Fällen der oben bezeichneten Art zur Beeidigung des Zeugen zu nöthigen, zweifellos erkennbar machten.

Die Existenz einer jener Ansicht zur Seite stehenden ausdrücklichen Vorschrift ist von keinem der Vertheidiger derselben behauptet worden. **Geyer** sagt: Das Gesetz stelle als Regel die Beeidigung der Zeugen auf und formulire in den §§ 56. 57 die Ausnahmen. Er läßt aber den Nachweis vermissen, wo die Regel aufgestellt — das heißt doch — ausgesprochen sei. In der That enthält auch das Gesetz eine solche Aufstellung so wenig, als die §§ 56. 57 ihre Vorschriften als „Formulirung von Ausnahmen" charakterisiren, vielmehr bemerkt **Löwe** ganz richtig: „Die §§ 56. 57 besagen ihrem Wortlaute nach nur, daß gewisse Zeugen unbeeidigt bleiben müssen".

Gleichwohl kann es nicht zweifelhaft sein, daß die StPO., den allgemeinen strafprozessualischen Grundsätzen entsprechend, davon ausgegangen ist, daß Zeugen in der Regel zu beeidigen seien. Hieraus folgt aber nicht, daß das Gesetz in dem § 56 nicht bloß für gewisse spezielle Fälle die unbedingte Unzulässigkeit der Beeidigung ausdrücklich auszusprechen für nöthig erachtet, sondern auch den Richter bei der Beweisaufnahme in rigoroser Weise in seinen auf Ermittelung der Wahrheit abzielenden Beschlüssen dergestalt habe binden wollen, daß derselbe einem Zeugen, dem er, gleichviel ob beeidigt oder nicht, Glauben nicht beimessen will, also mit keinem anderen Erfolge, als der gegen den Zeugen zu erhebenden Anklage der Staatsanwaltschaft wegen Meineids, unter allen Umständen den Eid abzunehmen habe. Der § 56 enthält nach seiner klaren Fassung ein Mehreres nicht, als das völlig berechtigte, und eine in sich abgeschlossene Vorschrift bildende Verbot der Beeidigung einzelner Kategorieen von Zeugen, und er so wenig, als die vorangehenden und nachfolgenden §§ bieten zu der Annahme, daß das Gesetz eine mit so nachtheiligen Folgen, wie die vorstehend geschilderten, verknüpfte Bestimmung habe treffen wollen, irgendwie einen Anhalt dar.

Die Geschichte seiner Entstehung spricht auch gegen eine solche Voraussetzung. Er lautete im Entwurf (als der § 46 Abs. 1 und 2):

> „Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben — können nur unbeeidigt vernommen werden.
>
> Dasselbe gilt von Personen, welche hinsichtlich der den Ge-

genstand der Untersuchung bildenden That — verdächtig oder bereits verurtheilt sind."

Daß bei dieser Fassung des § die Auslegung, daß derselbe den Richter nöthigen solle, in allen dort nicht speziell bezeichneten Fällen den selbst unglaubwürdigsten Zeugen zu beeidigen, noch klarer, als bei seiner jetzigen Redaktion ausgeschlossen sein würde, wird anzuerkennen sein. Nun hat aber die Justizkomm. den § — abgesehen von einem demnächst zurückgenommenen Antrage zu Nr. 3 — sowohl bezüglich seines materiellen Inhalts, als seiner Fassung unbeanstandet angenommen, Prot. S. 53 und 815; nur die Redaktionskommission derselben hat sich zu der Umgestaltung veranlaßt gefunden; selbstverständlich, ohne in seinem Sinne etwas ändern zu wollen, da es ihr hierzu an jeder Befugniß gefehlt hätte. (Beschl. der Red.-Komm. II S. 6.)

Gegen die Ansicht von **Geyer** und Gen. spricht aber auch der 2. Satz des § 60. Denn die Worte desselben: „aus besonderen Gründen, namentlich wenn" rc. geben bei ihrer Allgemeinheit, und da sie in Betreff der Art der Gründe in keiner Weise beschränken, zu erkennen, daß der Richter nach seinem pflichtmäßigen Ermessen beschließen soll, ob unter den vorwaltenden Umständen des speziellen Falles die Aussetzung der Beeidigung des Zeugen bis nach dem Abschlusse des Falles geboten erscheine oder nicht. Die Befugniß zur Aussetzung der Beeidigung kann aber doch nur den Zweck haben, diese nöthigen Falls überhaupt zu unterlassen. **Geyer** will S. 282 a. a. O. jene Bestimmung des § 60 nur auf den Fall beziehen, wenn der geistige oder physische Zustand einer Person, die der Richter vernehmen will, Bedenken einflößt. Zu einer derartigen Beschränkung der Worte „besondere Gründe" bieten aber so wenig der Inhalt des § als die Mot. einen Anhalt, welche S. 49 ganz allgemein bemerken: die Bestimmung trage den zahlreichen Fällen Rechnung, in denen der Richter erst nach vollständiger Vernehmung zur Sache zu beurtheilen vermöge, ob die Beeidigung zulässig sei oder nicht. Die Unzulässigkeit der Beeidigung wird aber dem Richter in mindestens gleichem Maße entgegentreten, wenn sich die allseitige Ueberzeugung dahin ausspricht, daß der Zeuge einen Meineid zu leisten im Begriff sei, als wenn er Bedenken hegt, ob derselbe sich in einem die Beeidigung gestattenden physischen oder psychischen Zustande befinde.

Löwe beruft sich für seine Ansicht, daß eine Aussage, auch wenn sie im Falle der Beeidigung für werthlos zu erachten und offenbar unglaubwürdig sei, beschworen werden müsse, unter Hinweisung auf S. 145 der Mot. darauf, daß die §§ 56. 57 mittelbar dem Grundsatz Ausdruck geben, daß jede Zeugenaussage zu beeidigen sei, sofern nicht ein im Gesetz vorgesehener Grund für die Nichtbeeidigung vorliege. Allein abgesehen davon, daß ein solcher ohnehin nur mittelbar zum Ausdruck gekommener Grundsatz hier den Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift nicht würde beheben können, so läßt auch der bezügliche Satz der Mot. die Annahme nicht zu, daß die letzterwähnten Folgerungen, welche **Löwe** aus jenem Grundsatze zieht, der Absicht des Gesetzes entsprechen. Derselbe lautet:

> Der Entwurf setzt als selbstverständliche Regel voraus, daß in den Strafsachen, welche zum Hauptverfahren gelangen, jede Zeugenaussage zu beschwören ist, wenn nicht ein vom Gesetz vorgesehener Grund für die Nichtbeeidigung vorliegt. Da aber die gesetzliche Anordnung des Eideszwanges auf der Annahme beruht, daß die Beeidigung den Zeugen zur Aussage der Wahrheit bewegen werde, so ist es nicht bloß gerechtfertigt, sondern geboten, die Beeidigung da zu unterlassen, wo jene Annahme erfahrungsmäßig nicht zutrifft, die Glaubwürdigkeit einer Aussage also durch die Beeidigung nicht erhöht werden kann.

Die Mot. sagen hiernach nicht: der Entwurf gehe davon aus, daß jede Zeugenaussage zu beschwören sei, wenn nicht ein im Gesetz vorgesehener (ausdrücklich ausgesprochener) Grund für die Nichtbeeidigung vorliege, sondern derselbe setze dies „als selbstverständliche Regel" voraus. Diese Worte würden, wenn ausschließlich die unter 1—3 des § angegebenen Personen unbeeidet bleiben dürften und alle übrigen ausnahmslos beeidigt werden müßten, nicht nur müßig, sondern inkorrekt stehen; denn die Worte „setzt als Regel voraus", nöthigen sprachlich zu der Auffassung, daß von dem als Regel aufgestellten Satze Ausnahmen stattfinden. Mit der Annahme, daß die Vorschriften der Nr. 1—3 die Fälle unterbleibender Beeidigung zu erschöpfen bestimmt seien, würde aber auch der Satz: „daß die Beeidigung zu unterlassen

sei, wo — die Glaubwürdigkeit einer Aussage durch die Beeidigung nicht erhöht werden könne", nicht zu vereinigen sein. Denn, hält der Richter — wie Löwe unterstellt — die Aussagen eines Zeugen, als „offenbar unglaubwürdig", auch wenn sie beeidigt würden „für werthlos", will er ihnen also auch als beeidete einen Einfluß auf sein Urtheil nicht beimessen, so liegt doch diejenige Voraussetzung, unter welcher nach den Mot. die Beeidigung unterlassen werden soll: daß durch dieselbe „die Glaubwürdigkeit der Aussage nicht erhöht werden würde" klar vor; es läge mithin ein offenbarer Widerspruch darin, wenn gleichwohl der Richter zur Abnahme des von ihm für einen Meineid erachteten Eides hätte gezwungen werden sollen.

Die Annahme, daß die in den Mot. charakterisirte „Regel" nach der Absicht des Entwurfs auch auf einen solchen Fall habe Anwendung finden sollen, verbietet sich aber auch dadurch, daß sie als eine „selbstverständliche" bezeichnet ist. Denn, selbst wenn man sich bei der Berathung des Entwurfs die mit einem derartigen Grundsatz unausbleiblich verknüpften Nachtheile nicht vergegenwärtigt hätte, so würde man ihn doch keinenfalls als einen selbstverständlichen bezeichnet haben, da er, wie oben nachgewiesen, mit den ausdrücklichen Vorschriften älterer und neuerer Strafprozeßordnungen und insbesondere solcher in direktem Widerspruch stehen würde, deren Bestimmungen die Motive mehrfach in Bezug nehmen. Es würde vielmehr mit Rücksicht hierauf, und bei dem weitgreifenden Einfluß, den die in Rede stehende Anordnung auf die Praxis ausüben würde, ohne Zweifel Veranlassung genommen worden sein, die beabsichtigte Abweichung von anderen Gesetzgebungen hervorzuheben und zu motiviren.

Bemerkt mag werden, daß bei der Berathung — nicht des hier in Rede stehenden § 56, sondern — des § 66 (Entw. § 58) von einem Abgeordneten der von Anderen unterstützte, demnächst aber aus praktischen Erwägungen abgelehnte Antrag gestellt wurde: „behufs Ersparung überflüssiger Eide anzuordnen, daß im Verfahren vor dem Schöffengericht die Beeidigung der Zeugen beim Einverständniß des Beschuldigten und des Amtsanwalts unterbleiben könne," und daß hierbei der Vertreter der Regierungen GJR. Oehlschlaeger äußerte: es widerspreche dem Prinzip des Entwurfs, die Beeidigung in das Ermessen des Richters

zu stellen, statt sie gesetzlich zu reguliren. (Prot. S. 74.) Welches Gewicht aber auch auf eine solche gelegentliche Bemerkung gelegt werden möge, so leuchtet doch ein, daß dieselbe nicht zu dem Schlusse berechtigt, derselben liege die Ansicht zum Grunde, der Entwurf habe die Beeidigung auch solcher Zeugenaussagen beabsichtigt, deren offenbare Unwahrheit sich während der Verhandlung herausgestellt habe. —

Die zweite, den Einfluß des Verzichts der Betheiligten auf die Beeidigung der Zeugen betreffende Frage wird — wie sich mittelbar bereits aus den vorstehenden Ausführungen ergiebt — mit **Geyer, Löwe** und **Puchelt** gegen die Ansicht **von Schwarze's** zu verneinen sein. Letzterer will zwar Inhalts seiner oben mitgetheilten Aeußerung die Abstandnahme des Gerichts von der Beeidigung eines Zeugen nicht unbedingt in Fällen des Verzichts des Staatsanwalts und des Angeklagten für geboten erachten, meint vielmehr nur, das Gericht dürfe die Beeidigung unterlassen, wenn es mit dem Verzicht einverstanden sei. Allein seine Hinweisung auf den § 244, den er für analog anwendbar hält, und sein Argument, daß in dem Verzicht auf die Eidesleistung ein theilweiser Verzicht auf das Beweismittel selbst zu finden sei, deutet darauf hin, daß er in solchen Fällen die Eidesleistung für entbehrlich erachtet, sofern sich dem Gericht nicht besondere Bedenken entgegen stellen. **Geyer** behauptet daher auch hier in der Note 6 S. 283 a. a. O. wohl mit Recht, daß **von Schwarze's** Ansicht von der seinigen abweiche. Der Meinung des Letzteren, daß der Verzicht auf die Eidesleistung für ein minus gegenüber der Verzichtleistung auf das Beweismittel (§ 244) aufzufassen sei, dürfte jedoch nicht beizutreten sein. Unterbleibt die Vernehmung des Zeugen überhaupt, so scheidet die Möglichkeit eines Einflusses seiner Bekundungen auf die Ueberzeugung der Richter, Geschworenen und Schöffen gänzlich aus, und in sofern ist die unter Zustimmung der Betheiligten beschlossene Abstandnahme von der Abhörung desselben unverfänglich. Hat aber der Zeuge den Gegenstand seiner Vernehmung betreffende Aussagen bereits gemacht, so ist nicht ausgeschlossen, daß dem von ihm Bekundeten — wenn auch von der Mehrheit der zur Urtheilsfindung Berufenen für unerheblich erachtet, doch — von Einem oder dem Anderen, ihm bewußt oder unbewußt, ein Einfluß auf sein Votum eingeräumt wird.

Hiervon ausgegangen, werden aber, ungeachtet des Verzichts der Staatsanwaltschaft und des Vertheidigers, bezüglich der Frage, ob mit der Beeidigung des Zeugen vorzugehen sei oder sie zu unterbleiben habe, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sein, d. h. es wird vom Richter geprüft werden müssen, ob für den Verzicht solche Gründe geltend gemacht worden seien, welche die Beeidigung des Zeugen als unzulässig erscheinen lassen.

Berechtigung Angehöriger des Beschuldigten zur Zeugnißverweigerung. § 51 StPO.

Die Bestimmungen des § 51 StPO. haben in mehrfacher Beziehung zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Es ist

I. streitig, ob der Angehörige des Beschuldigten sein Zeugniß überhaupt, oder nur soweit es diesem nachtheilig ist, verweigern darf. Die letztere Ansicht wird vertreten von

Dalcke, welcher S. 48. 2 bemerkt:

„Die Verweigerung des Zeugnisses ist nur soweit berechtigt, als der Zeuge in die Lage kommt, den Angehörigen zu beschuldigen. Daher ist der Umstand, daß die Untersuchung gegen den Angehörigen geführt wird, allein nicht entscheidend." Dagegen sagt

Geyer (von Holtzendorff StrPRecht B. I S. 277 zu Nr. 2 Abs. 3): „Das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses ist im Fall des § 51 ein unbedingtes und nicht etwa nur insoweit vorhanden, als der Zeuge in die Lage kommt, den Angehörigen zu beschuldigen, wie **Dalcke** meint. Für eine solche Unterscheidung giebt das Gesetz keinen Anhaltspunkt; es läßt sich auch die Tragweite, welche eine Aussage in dem Zusammenhange der Beweisaufnahme erhält, von vorn herein sehr häufig nicht erkennen."

Daß diese letztere Ansicht auch von **Löwe** getheilt wird, dürfte, wiewohl er den Streitpunkt nicht, wie **Geyer**, ausdrücklich hervorhebt, aus seiner Bemerkung S. 311. 8 zu folgern sein, wo es heißt:

„Zwischen den Fällen des § 51 und denen der §§ 52—54 besteht der Unterschied, daß in den ersteren die Zeugnißpflicht

in ihrem ganzen Umfange wegfällt, während sie in den Fällen der §§ 52. 54 nur eine Einschränkung dahin erfährt, daß der Zeuge über gewisse Gegenstände keine Auskunft zu geben braucht."

Aehnlich sprechen sich aus **Puchelt** S. 127. 6, **Thilo** S. 54. 1, **von Schwarze** S. 175 Abs. 2.

Die durch besondere Gründe nicht unterstützte Ansicht **Dalcke's** anlangend, so erscheint der Sinn seiner vorstehend mitgetheilten Bemerkung allerdings nicht völlig zweifellos.

Die Worte „nur soweit" lassen die Auffassung zu, daß der zum Zeugniß aufgeforderte Angehörige des Beschuldigten nur in dem Falle das ganze Zeugniß verweigern dürfe, wenn ihm etwas dem Beschuldigten Nachtheiliges im Bezug auf die Anschuldigung bekannt sei, daß er dasselbe daher ablegen müsse, wenn er von der Sache überhaupt nichts, oder nur dem Beschuldigten Günstiges zu bekunden wisse. Andererseits gestatten die Worte: „als er in die Lage kommt", die Deutung, daß der Angehörige das Zeugniß überhaupt nicht von Hause aus verweigern, mit der von ihm Seitens des Richters verlangten Auskunft vielmehr nur hinsichtlich solcher Umstände zurückhalten dürfe, deren Bekundung dem Beschuldigten nachtheilig sein würde — woraus dann folgen würde, daß er, vom Beschuldigten selbst als Defensional-Zeuge angerufen, das Zeugniß an sich nicht würde ablehnen dürfen. Welche Auffassung aber auch der Absicht **Dalcke's** entsprechen möge, wird doch der Ansicht von **Geyer** und Gen. über den Streitpunkt der Vorzug vor der seinigen gebühren.

Zunächst steht ihm der Wortsinn des § entgegen. Es heißt Eingangs desselben ganz allgemein und ohne Einschränkung: „Zur Verweigerung des Zeugnisses" ꝛc. (nicht: soweit es dem Beschuldigten nachtheilig ist). Dasselbe gilt von dem damit übereinstimmenden Abs. 2 des §. Nach demselben sollen die Angehörigen des Beschuldigten über „ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses" belehrt werden. Beide Sätze stehen in ihrer völlig bestimmten Fassung dem Zeugen zur Seite, wenn er sein Zeugniß überhaupt verweigert. Um ihn gleichwohl von demselben nur insoweit zu entbinden, als es dem Beschuldigten nachtheilig sein würde oder könnte, müßte daher nachgewiesen werden, daß das Gesetz, ungeachtet der allgemeinen Fassung der Vor-

schrift, dem Angehörigen das Weigerungsrecht nur in jener Beschränkung habe einräumen wollen.

Zu einer solchen Annahme bieten aber die die Materie ergänzenden Vorschriften der §§ 52 folg. keinen Anhalt dar, vielmehr tritt gegen **Dalcke's** Ansicht das Bedenken entgegen, daß das Gesetz zwischen dem Falle, wo der Zeuge von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht von Amtswegen, als Belastungszeuge, und dem, wo er auf Antrag des Beschuldigten selbst als Vertheidigungs-Zeuge geladen worden, nicht unterscheidet, also beide Fälle einander gleichstellt. Denn, dürfte der Angehörige nur dem Beschuldigten Nachtheiliges verschweigen, also im Uebrigen mit seiner Wissenschaft nicht zurückhalten, so wäre der Angeschuldigte berechtigt zu verlangen, daß sein von ihm als Defensionalzeuge benannter Angehöriger über die Vertheidigungsmomente vernommen werde, Letzterer aber befugt, Alles dem Angeschuldigten Nachtheilige zu verschweigen — ein Verfahren, dessen schädlicher Einfluß auf das Endergebniß der Untersuchung und somit auf die Strafrechtspflege, durch die Vorschrift des § 57 StPO. nicht vollständig würde abgewendet werden.

Die von **Geyer** und Gen. befürwortete, dem Wortsinne der Vorschrift entsprechende Auslegung des § erhält aber auch einige Unterstützung dadurch, daß die Motive zum Entw. der StPO. (S. 35 folg.) bei der Begründung der die Zeugnißverweigerung betreffenden Vorschriften die darauf bezüglichen Bestimmungen der bedeutendsten damals giltigen StrPOrdnungen deutscher Staaten mittheilen, welche ohne Ausnahme das in Rede stehende Recht eines Angehörigen in ebenso allgemeiner Fassung regeln: „das Zeugniß können ablehnen", „die Verbindlichkeit zur Ablegung des Zeugnisses erstreckt sich nicht", „von der Verbindlichkeit zur Ablegung des Zeugnisses sind befreit" u. s. w. — ohne eines hiergegen angeregten Bedenkens zu erwähnen; sowie ferner, daß die Fassung des § auch in der Justizkomm. in der hier fraglichen Beziehung von keiner Seite bemängelt worden ist. Prot. S. 49 folg. und 814. Gleichwohl hätte es nahe gelegen, wenn die Beschränkung, in welcher **Dalcke** die Vorschrift auffaßt, beabsichtigt worden wäre, eine dem Abs. 2 des § 52 analoge Bestimmung in den § 51 aufzunehmen.

Aber auch de lege ferenda erscheint die Vorschrift so allgemein, wie sie gefaßt ist, gerechtfertigt. Ist dem Angehörigen des Beschuldig-

ten nichts demselben Nachtheiliges in Bezug auf die ihm zur Last gelegte That bekannt, so wird er sich, gleichviel ob von diesem oder von der Staatsanwaltschaft als Zeuge angerufen, in der Regel zur Ablegung des Zeugnisses bereit finden lassen. Verweigert er dasselbe aber gleichwohl, so würde dies für einen Beweis feindseliger oder doch übelwollender Gesinnung gegen den Beschuldigten gelten müssen, sein Zeugniß mithin demselben sachlich in der Regel nicht von Nutzen sein. Hierin dürfte auch der Grund zu finden sein, weshalb frühere StPOrdnungen — wie z. B. die Badensche vom J. 1864 im § 106 — die Beeidigung des Angehörigen, wenn er von dem Rechte der Zeugnißverweigerung keinen Gebrauch machte, unbedingt verboten. In dem einen, wie in dem anderen jener beiden Fälle steht daher ein Nachtheil für den Beschuldigten aus der unbeschränkten Befreiung seines Angehörigen von der Zeugnißpflicht nicht zu befürchten.

Will man aber auch diesem Argument ein Gewicht nicht beilegen, so sind doch die oben besprochenen Worte des § in dem Grade bestimmt und unzweideutig, daß sie der Auslegung, welche **Geyer** und Gen. ihnen geben, zuzustimmen nöthigen. —

II. Ist streitig, unter welchen Voraussetzungen ein Verlöbniß als zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugen bestehend, anzuerkennen sei. Abs. 1 Nr. 1 des §.

von Schwarze bemerkt S. 175:

„Es kann im einzelnen Falle bei der Verschiedenheit der Formen, unter welchen Verlöbnisse abgeschlossen werden, zweifelhaft sein, ob ein derartiges Verhältniß vorliegt. Jedenfalls ist ein öffentliches Verlöbniß zu verstehen." — Anderer Ansicht ist

Löwe. „Es wird hier — sagt er S. 313. 6 — lediglich ein thatsächlich bestehendes V e r l ö b n i ß vorausgesetzt, ein rechtsverbindliches also keineswegs erfordert; ebensowenig ein öffentliches. Ob ein Verlöbniß als bestehend anzunehmen sei, darüber hat der Richter nach freiem Ermessen zu befinden."

Dalcke S. 48. 3:

„Als Verlobter ist nicht bloß derjenige anzusehen, der mit dem Beschuldigten ein Eheverlöbniß in gesetzlicher Form abgeschlossen hat, sondern Jeder, zwischen dem und dem Beschul-

digten die Ehe mit Zustimmung derjenigen, deren Einwilligung erforderlich war, verabredet worden ist."

Puchelt S. 128. 9:

„Soweit das Landesgesetz darüber, wann ein Verlöbniß anzunehmen, Vorschriften enthält, sind diese materiell-rechtlichen Bestimmungen maßgebend. Anderenfalls kommt es auf Stand, Ortssitte und Gebrauch an, und schließlich entscheidet das richterliche Ermessen. Daher kann man weder mit **von Schwarze** die Oeffentlichkeit des Verlöbnisses unbedingt verlangen, noch mit **Löwe** unbedingt ausschließen."

Voitus S. 118:

„Ob eine als solche anzuerkennende wirkliche Verlobung stattgefunden hat, beurtheilt der Richter nach den vorwaltenden Umständen."

In Bezug auf die Voraussetzungen, unter denen der Richter die Existenz eines Verlöbnisses zwischen dem Zeugen und dem Beschuldigten anzunehmen habe, geht **von Schwarze** am weitesten und wohl zu weit. Zwar ist der von ihm gebrauchte Ausdruck „öffentliches Verlöbniß" insofern nicht völlig bezeichnend, als er die Art der von ihm erforderten Publikation nicht näher angiebt. Es wird aber davon auszugehen sein, daß er darunter mindestens ein solches verstanden wissen wolle, welches Seitens der dazu berechtigten Personen durch schriftliche oder mündliche Mittheilungen in weiteren Kreisen verkündet, also, wie man sich wohl ausdrückt, stadtkundig gemacht ist. Anderenfalls würden jene von ihm gewählten Worte nicht zutreffen. Aber auch unter dieser Voraussetzung bekämpfen **Löwe** und **Puchelt** **von Schwarze**'s Ansicht mit Recht. Der Zweck, den das Gesetz mit der im § 51 angeordneten Ausnahme von der allgemeinen Zeugnißpflicht verbindet, ist sowohl in der Rücksicht, welche der Staat auf die von ihm anerkannte Heiligkeit gewisser Verbindungen zu nehmen hat, als auch in der — von den Mot. S. 44 hervorgehobenen — Besorgniß zu suchen, daß ein naher Angehöriger des Beschuldigten, wenn er zum Zeugniß gegen denselben gezwungen würde, sich leicht zur Leistung eines Meineids verleiten lassen könnte. Dieser letztere Grund hat die StPO. veranlaßt, „den Kreis der zur Zeugnißverweigerung berechtigten Personen möglichst weit zu ziehen", und jedenfalls auch die Aufnahme der — in

anderen StPO., z. B. der Oesterreichischen (§ 152 Nr. 1) nicht berücksichtigten — „Verlobten“ zur Folge gehabt. Hiervon ausgegangen würde aber die Absicht des Gesetzes nicht erreicht werden, wenn man den §. 51 nur unter der Voraussetzung stattgehabter Veröffentlichung des Verlöbnisses zur Anwendung bringen wollte. Abgesehen von der Schwierigkeit, mit welcher der Beweis einer Bekanntmachung desselben für Personen der niederen Volksschichten verbunden sein würde, so wird die erwähnte ratio legis auch, sofern nur ein wirkliches Verlöbniß stattgefunden hat, in einer großen Anzahl von Fällen Platz greifen, wo eine Veröffentlichung, d. h. eine Bekanntmachung über den Kreis der nächstbetheiligten Personen hinaus, nicht stattgefunden hat. Es können vollkommen ausreichende und zu billigende Gründe vorwalten, welche es den Verlobten und solchen Angehörigen derselben, deren Einwilligung sie zu dem künftigen Ehebündniß bedürfen, dem allseitigen Interesse entsprechend erscheinen lassen, die Veröffentlichung des Verlöbnisses einstweilen zu vermeiden. Dadurch wird aber dasjenige durch eine Verlobung zwischen dem Bräutigam und der Braut erzeugte nahe Verhältniß, welches das Gesetz zu der Vorschrift unter Nr. 1 des § veranlaßt hat, in keiner Weise alterirt. Die Ausschließung solcher Verlobten von dem Beneficium des § 51 würde daher der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen.

Gleich bedenklich erscheint die Ansicht **Dalcke's**, welcher die Anwendbarkeit der Vorschrift von der erfolgten Zustimmung der Konsens-Berechtigten (selbstverständlich in Fällen, wo solche vorhanden sind) abhängig machen will. Gewähren großjährige, nicht unter väterlicher Gewalt stehende Personen dem Richter in zuverlässiger Weise die Ueberzeugung einer zwischen ihnen stattgehabten Verlobung, so wird derselbe nicht unbedingt fehlgreifen, wenn er, von der ratio legis geleitet, den § 51 zur Entbindung des einen Verlobten von der Verpflichtung gegen den Anderen Zeugniß abzulegen für geeignet erachtet, wenngleich nach dem Landesgesetz die Einwilligung der Eltern nicht bloß zur Eingehung der Ehe, sondern auch zu dem Ehegelöbniß erforderlich ist.

Aus ähnlichen Erwägungen wird auch der Ansicht **Puchelt's**, daß „soweit das Landesgesetz darüber, wann ein Verlöbniß anzunehmen, Vorschriften enthalte, diese materiell-rechtlichen Bestimmungen maß-

gebend seien", nicht beizutreten sein, wenn hiermit gemeint ist, daß, solange die landesgesetzlich zur formellen Rechtsbeständigkeit eines Ehegelöbnisses nothwendigen Erfordernisse nicht nachgewiesen seien, der § 51 außer Anwendung bleiben müsse. Eine Verlobung im Sinne dieses § wird vom Richter auch angenommen werden können, obgleich beispielsweise die das Recht auf Vollziehung der Ehe nach Landesgesetzen bedingende gerichtliche oder notarielle Form nicht beobachtet ist. Derartige, auf Regelung der durch ein Verlöbniß unter den Verlobten erzeugten civilrechtlichen Verhältnisse abzielende Bestimmungen scheinen hier, wo für das Gesetz ausschließlich das Interesse der Strafrechtspflege leitend gewesen ist, außer Betracht bleiben zu müssen. Dies hat auch wohl **Löwe** durch die Worte: „es wird hier lediglich ein thatsächlich bestehendes Verlöbniß vorausgesetzt, ein rechtsverbindliches also keineswegs" ausdrücken wollen.

Von vorstehender Argumentation ausgegangen, werden sich allgemeingiltige Sätze über die Voraussetzungen, unter denen der § 51 die Annahme eines Verlöbnisses gestattet, kaum formuliren lassen; es wird vielmehr dem durch rationelle Berücksichtigung der vorwaltenden Umstände geleiteten Ermessen des Richters die Entscheidung darüber anheimfallen, ob auf Grund der ihm glaubhaft gemachten Thatsachen ein solches Verhältniß zwischen beiden Personen anzuerkennen sei, wie das Gesetz bei der Aufnahme der „Verlobten" in dem § im Auge gehabt habe — eine Aufgabe, welche demselben in ähnlicher Weise überall da zufällt, wo die Worte, welche dem Gesetzgeber zur Klarstellung des Sinnes einer Vorschrift zu Gebote standen, nicht ausgereicht haben, um den von ihm damit verbundenen Begriff zweifelsfrei zu fixiren. — Eine fernere Meinungsverschiedenheit scheint

III. im Betreff der durch den § 55 angeregten Frage obzuwalten, wie das Bestehen eines Verlöbnisses zwischen dem Zeugen und dem Beschuldigten glaubhaft zu machen sei; insbesondere, was der Zeuge in dieser Beziehung zu beschwören habe.

Löwe bemerkt zu § 55 S. 320. 1:

> „Unter der „Thatsache", auf welche der Zeuge die Verweigerung des Zeugnisses stützt", ist in dem Falle des § 51 das Bestehen des Verlöbnisses, bzhw. des betreffenden verwandtschaftlichen &c. Verhältnisses zu verstehen."

Keller S. 48 und **Thilo** S. 59 machen zu der Vorschrift des § 55 die allgemeine Bemerkung: wenn der Zeuge die „erwähnten Thatsachen" beschwöre, müsse der Richter sich dabei beruhigen. Hiermit in Uebereinstimmung sagt **Puchelt** S. 137. 4: der Richter müsse die „beschworene Thatsache" als wahr gelten lassen."

Voitus S. 122 Abs. 1:

> „In Bezug auf den § 51 Abs. 1 kann der Eid nur die „thatsächlichen" Momente, von denen es abhängt, ob eine „Verlobung" und „Adoption" stattgefunden habe, glaubhaft machen".

Sollen **Löwe's** Worte: „unter der Thatsache ist das Bestehen des Verlöbnisses zu verstehen" — wie angenommen werden zu müssen scheint — dahin verstanden werden, daß in den event. vom Zeugen zu leistenden Eid das Bestehen des in Rede stehenden Verhältnisses selbst im Gegensatze zu den zur Unterstützung der behaupteten Verlobung angeführten Thatsachen aufgenommen, derselbe also dahin gefaßt werden dürfe: „daß der Zeuge mit dem Beschuldigten verlobt sei", so dürften dieser Ansicht zunächst die Worte des § 55: „Die Thatsache — ist glaubhaft zu machen", entgegenstehen, da der § 55 auch auf den § 54 hinweist, in welchem es sich nicht, wie im § 51, um bestimmte gesetzlich fixirte Verhältnisse, sondern um den Nachweis solcher Thatsachen handelt, aus denen der Richter Folgerungen zu ziehen hat. Auch in dem der Vorschrift des § zum Grunde liegenden in der Justizkomm. von **von Schwarze** und **Pfafferot** (S. 51 d. Prot.) gestellten Antrage sind die Worte: „Der Nachweis der Thatsachen u. s. w." gebraucht. Es würde aber auch, von **Löwe's** Ansicht ausgegangen, die Entscheidung über die oben unter Nr. II hervorgehobenen, auf dem Rechtsgebiete zu entscheidenden Zweifel darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Verlöbniß im Sinne des § 51 als bestehend anzuerkennen sei, dem Richter entzogen und dem Zeugen überwiesen werden. Das Bedenkliche eines solchen Verfahrens tritt sofort entgegen, wenn berücksichtigt wird, daß, nach den Erfahrungen der Praktiker, Angeklagte eine Person, mit der sie in wilder Ehe leben, als ihre Braut zu bezeichnen pflegen. Hiernach dürfte der Eid dahin zu normiren sein: daß diejenigen Thatsachen, welche der Zeuge dem Richter zur Begründung

seines Anspruchs auf Entbindung von der Zeugnißpflicht angegeben habe, auf Wahrheit beruhen.

IV. Erheblicher, und anscheinend auch zweifelhafter als die vorstehend besprochenen Fragen, ist die Meinungsverschiedenheit darüber: ob ein Zeuge, welcher nur von Einem von mehreren Beschuldigten in einem der im § 51 Abs. 1 bezeichneten Verhältniß steht, sein Zeugniß nur soweit es seinen Angehörigen betrifft, oder überhaupt verweigern dürfe.

Dalcke, der der ersteren Ansicht ist, bemerkt im Anschluß an seinen oben unter I mitgetheilten Satz:

„Ebenso ist der Zeuge verpflichtet, gegen etwaige Komplicen des Angehörigen Zeugniß abzulegen, soweit er letzteren nicht belastet. Bleibt das Strafverfahren gegen den Angehörigen ausgeschlossen, weil etwa der Strafantrag fehlt, oder weil derselbe noch nicht eidesmündig ist, so darf das Zeugniß den Komplicen gegenüber auch dann nicht verweigert werden, wenn dasselbe den Angehörigen belastet". Ferner

von Schwarze S. 177. 12:

„Steht ein Zeuge nur zu einem von mehreren Beschuldigten in dem Verhältnisse, welches ihn zur Ablehnung des Zeugnisses berechtigt, so kann er sich des Zeugnisses auch hinsichtlich der anderen Beschuldigten dann entschlagen, wenn eine Sonderung der Aussagen, welche die letzteren betreffen, nicht möglich ist. Einzelne Gesetzgebungen drücken diesen Satz dadurch aus, daß sie sagen: „Verwandte des Angeschuldigten oder eines der Mitbeschuldigten". Der Zeuge kann sonach über einzelne Umstände das Zeugniß ablegen, über andere verweigern. Ob eine solche Trennung möglich ist, ist Thatfrage."

Thilo S. 55. 7:

„Steht ein Zeuge in einem der vorbezeichneten Angehörigkeitsverhältnisse zu einem von mehreren Beschuldigten, so kann das Zeugniß hinsichtlich der Andern nur insoweit verweigert werden, als eine Sonderung der Aussagen, welche die letzteren betreffen, nicht möglich ist. So hat die österreichische Strafprozeßordnung die in der Praxis bisweilen vorkommende Streitfrage im § 152 Abs. 3 ausdrücklich entschieden, und auch nach

unserer deutschen Strafprozeßordnung wird die Entscheidung nicht anders ausfallen können."

Puchelt spricht sich S. 127. 7 darüber, was über die vorliegende Frage aus dem § 51 StPO. herzuleiten sei, nicht mit völliger Bestimmtheit aus. Er bemerkt vorweg, daß die Nichterwähnung der Mitbeschuldigten nicht anders aufgefaßt werden könne, als daß eine absolute Vorschrift nicht habe gegeben werden sollen, daß man jedoch nicht so weit gehen dürfe, anzunehmen, daß die Verweigerung des Zeugnisses nur die Fragen betreffe, welche sich auf den Angehörigen des Zeugen bezögen, da hiermit das Recht des § 51 illusorisch werden würde, und fährt dann fort:

„Im Sinne richtiger Zulassung und Beschränkung des Verweigerungsrechts nach § 51 empfiehlt sich die sachgemäße Vorschrift im Abs. 2 § 152 Oesterr. StPO., die besagt (wie oben bei **Thilo**)."

Die Meinung, daß der Zeuge in einem solchen Falle sein Zeugniß überhaupt verweigern dürfe, wird vertreten von

Löwe S. 312. 3:

„Die Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses greift auch dann schlechthin Platz, wenn mehrere Mitbeschuldigte vorhanden sind, und der Zeuge nur zu einem von ihnen in einem Verhältniß der hier bezeichneten Art steht. Das Gesetz gewährt keine Grundlage für die Ansicht, daß es in einem solchen Falle darauf ankomme, ob der Gegenstand des Zeugnisses das Interesse des letztgedachten Beschuldigten berühre oder nicht, und daß, soweit dies nicht der Fall, die Befreiung von der Zeugnißpflicht wegfallen müsse; überdies ist die Wirkung und Tragweite einer Aussage nicht immer im Voraus mit Sicherheit zu bemessen. Sonach darf z. B. der Angehörige eines Mitbeschuldigten das Zeugniß selbst dann verweigern, wenn dieser Mitbeschuldigte geständig ist und das Zeugniß nur zur Ueberführung eines anderen Mitbeschuldigten, oder zur Ermittelung eines noch unbekannten Mitschuldigen u. s. w. dienen soll. Das Gesagte erleidet jedoch eine Ausnahme, wenn eine Untersuchung mehrere selbständige Straffälle umfaßt und das Zeugniß nur rücksichtlich eines Straffalls erfordert wird, bei wel-

chem der Angehörige u. s. w. des Zeugen überhaupt nicht Beschuldigter ist."

Geyer a. a. O. S. 277 unten:

„Selbst wenn der Zeuge bloß der Angehörige des einen von mehreren Mitbeschuldigten ist, steht ihm das Recht der Zeugnißverweigerung unbedingt zu."

Im Uebrigen spricht er sich in Bezug auf die Konkurrenz mehrerer Straffälle übereinstimmend mit **Löwe's** vorstehend mitgetheilter Schlußbemerkung aus. S. 278 fügt er in der Note 7 hinzu:

„**Thilo** hält in dem Falle, wenn mehrere Mitbeschuldigte vorhanden sind, für richtig, was die österr. StPO. § 152 Abs. 2 bestimmt, daß nämlich (u. s. w. wie bei **Thilo**). Aehnlich **von Schwarze** S. 187 folg. (? S. 177). Ob das aber der Fall ist, kann ja nur der Zeuge selbst beurtheilen und wenn dieser erklärt, daß das, was er auszusagen haben würde, auch auf seinen Angehörigen irgend welche Beziehung hätte, bleibt nichts übrig, als bei dieser Erklärung sich zu beruhigen."

Keller S. 44. 3:

„Nach dem Zwecke des Gesetzes kann im Falle der gleichzeitig gegen mehrere gerichteten Untersuchung der Zeuge, welcher nur mit einem der Beschuldigten in solchen Verhältnissen steht, welche die Zeugnißverweigerung gegen diesen begründen, sein Zeugniß überhaupt verweigern und kann die einheitliche Untersuchung und Aussage nicht getheilt werden."

Die Prot. der Justizkomm. S. 41 u. 804 und der die StPO. betreffende Bericht derselben S. 14 berühren die vorliegende Frage nicht. Auch die Mot. S. 35. 44 sprechen sich weder ausdrücklich über dieselbe aus, noch lassen die auf den § 42 des Entw. (§ 51 StPO.) bezüglichen allgemeinen Bemerkungen entnehmen, von welcher Ansicht der Entw. in Bezug auf sie ausgegangen ist.

Die Streitfrage dürfte nach der Ansicht von **Löwe** und Gen. zu entscheiden sein.

Wie schon erwähnt, sind in den Mot. die auf die Vorschriften der §§ 51—54 StPO. bezüglichen §§ einer Anzahl früherer StPO. deutscher Bundesstaaten ausführlich mitgetheilt. Darunter befinden sich die Württembergische vom J. 1868, in deren § 143 es heißt: „ver-

weigern können das Zeugniß der Beschuldigten oder Mitbeschuldigten Verwandte u. s. w.; ferner die Badensche vom J. 1864 und die Hamburger vom J. 1869, welche im § 106 bzhw. 170 bestimmen: „Die Ablegung eines Zeugnisses können ablehnen: 2. der Ehegatte und Verlobte eines Angeklagten oder Mitangeklagten u. s. w. Die Mot. besprechen jedoch diese Bestimmungen dieser StPO. nicht. Nun ist zwar dort S. 44 bemerkt: der Entwurf habe den Kreis der zur Zeugnißverweigerung berechtigten Personen möglichst weit gezogen, indem er von der Auffassung ausgegangen sei, daß es vorzuziehen sei, lieber auf ein Beweismittel zu verzichten, als einen nahen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung auszusetzen, zu Gunsten des letzteren einen Meineid zu leisten. Es ist jedoch bedenklich, aus diesem allgemeinen Grundsatze den Schluß zu ziehen, daß davon ausgegangen sei, jene speziellen Bestimmungen der drei StPO. seien auch in der Vorschrift des § 51 StPO. enthalten. Ebensowenig würde es sich aber rechtfertigen lassen, aus der Nichtaufnahme derselben in diesen § ohne eine hierauf bezügliche Bemerkung der Mot. zu folgern, daß die Worte „oder Mitbeschuldigte" absichtlich ausgeschlossen worden seien. Es wird vielmehr anzunehmen sein, daß die Bedeutung jener nur in dreien von den aufgeführten 14 StPO. enthaltenen Worte für die Redaktion der Vorschrift des § 51 bei der Bearbeitung des Entw. nicht besonders ins Auge gefaßt worden ist. Die Bemerkung **von Schwarze's** a. a. O.: in den vorgedachten Worten: „Verwandte des Angeschuldigten oder eines der Mitangeschuldigten" sei der Satz ausgedrückt: der Zeuge könne sich des Zeugnisses auch hinsichtlich der nicht im Verhältniß von Angehörigen zu ihm stehenden Beschuldigten „dann entschlagen, wenn eine Sonderung der Aussagen, welche die letzteren betreffen, nicht möglich sei", findet, so weit sie diese Beschränkung betrifft, in den angeführten Worten der 3 erwähnten Strafprozeßordnungen keine Bestätigung. Dieselben stellen, ohne in Bezug auf das Zeugnißverweigerungsrecht des Zeugen irgendwie zwischen dem Angehörigen desselben und dem Mitbeschuldigten desselben zu unterscheiden, beide nebeneinander, und lassen keine andere Deutung zu, als daß jenes Recht dem Zeugen in gleichem Maße wie im Betreff seines Angehörigen, auch hinsichtlich der Mitbeschuldigten desselben zustehe.

Größeres Gewicht, als der Nichtaufnahme der mehrerwähnten

Worte „oder eines Mitangeschuldigten“ in die StPO. läßt sich — so weit die Geschichte der Entstehung der Vorschrift überhaupt in Betracht kommt — darauf legen, daß nicht Veranlassung genommen worden ist, dem § 51 StPO. eine ähnliche Vorschrift anzureihen, wie die bereits erwähnte des § 152 der zur Zeit der Berathung des Entw. bereits erschienenen Oesterreichischen StPO. vom 23. Mai 1873, welche lautet: „Steht eine als Zeuge vorgeladene Person nur zu Einem von mehreren Beschuldigten in einem der vorstehend erwähnten Verhältnisse, so kann sie sich des Zeugnisses hinsichtlich der anderen nur dann entschlagen, wenn eine Sonderung der Aussagen, welche die letzteren betreffen, nicht möglich ist.“ Man darf annehmen, daß diese ausdrückliche, einen besonderen Absatz des § 152 bildende Vorschrift bei der Bearbeitung des Entwurfs zur deutschen StPO. nicht übersehen, die Uebernahme derselben in die StPO. aber nicht für rathsam erachtet worden ist. In der That konnte auch aus den darauf bezüglichen Vorgängen bei der Berathung der Oesterr. StPO. eine Empfehlung für dieselbe nicht hergenommen werden.

Der Entwurf zu derselben hatte im § 166 eine Vorschrift, wie die vorstehend mitgetheilte des § 152 der StPO., nicht enthalten. (Dr. S. Mayer, Handb. des Oesterr. StPRechts Bd. I S. 555.) In der 1. Komm.-Berathung wurde befürwortet, der Fälle zu gedenken, in welchen ein Zeuge nur zu Einem von mehreren Beschuldigten in einem derartigen Verhältniß (Angehörige, Vertheidiger) stände. Man „glaubte jedoch um so mehr davon Abstand nehmen zu sollen, als die Praxis, soviel bekannt geworden, immer die richtige und natürliche Entscheidung getroffen habe“. Der Beschluß wurde jedoch ausgesetzt, worauf in einer späteren Sitzung die Aufnahme der gedachten Vorschrift in dem § beschlossen ward. Welche Gründe hiefür entscheidend gewesen sind, ist a. a. O. nicht angegeben; es darf daher angenommen werden, daß die wesentlichen Bedenken, welche nachstehend gegen eine solche Bestimmung werden hervorgehoben werden, bei der Berathung jener Vorschrift nicht ins Auge gefaßt worden sind. Ein einigermaßen zuverlässiger Schluß auf das in Bezug auf die Streitfrage von der deutschen StPO. beabsichtigte läßt sich jedoch auch aus der Nichtaufnahme der angeführten Vorschrift des § 152 der

Oesterr. StPO. nicht ziehen; die Entscheidung ist vielmehr aus dem Inhalt des § 51 selbst herzuleiten.

Hiervon ausgegangen, greifen aber zunächst diejenigen Gründe, welche unter Nr. I dieser Abhandlung aus der Wortfassung des § hergenommen sind, auch hier Platz. Die ganz allgemeine Fassung der Worte: „Zur Verweigerung des Zeugnisses“ u. s. w. führen zu der Auffassung, daß der Zeuge in einer solchen Untersuchung, bei welcher ein Angehöriger desselben als Beschuldigter betheiligt ist, zum Zeugniß überhaupt nicht soll gezwungen werden dürfen. Diese dem Wortsinne entsprechende Auslegung verbietet sich nur in solchen Fällen, wo der Sache nach eine solche Betheiligung des Angehörigen des Zeugen ausscheidet. Ist z. B. — wie Löwe anführt — die zugleich gegen einen Mitschuldigen gerichtete Untersuchung auf eine dem letzteren allein zur Last gelegte Strafthat ausgedehnt, und das Zeugniß bezieht sich ausschließlich auf diese, oder wird dasselbe zwar auf ein auch dem Angehörigen schuldgegebenes Delikt, aber erst in zweiter Instanz, nachdem Letzterer durch das erste Urtheil rechtskräftig freigesprochen ist, erfordert, so wird dasselbe nicht verweigert werden dürfen, da der Angehörige in diesen Fällen als Beschuldigter — wie doch der § 51 voraussetzt — überhaupt nicht, bzhw. nicht mehr, gelten kann. In dem letzteren Falle wird selbst die Möglichkeit dereinstiger Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Angehörigen nicht in Betracht kommen, da Letzterer für diese Untersuchung aufgehört hat, Beschuldigter zu sein.

Liegen aber derartige Ausnahmefälle nicht vor, vermag vielmehr der Zeuge nicht im Voraus mit voller Sicherheit zu übersehen, ob er nicht auf Fragen, die anscheinend ausschließlich den Komplicen seines Angehörigen betreffen, um nicht sein Gewissen zu belasten solche Antworten werde ertheilen müssen, die seinem Angehörigen mittelbar nachtheilig werden können, so wird er sich zur Rechtfertigung seiner Weigerung, überhaupt in der Sache Zeugniß abzulegen, darauf berufen dürfen, daß das Gesetz sich nicht veranlaßt gesehen habe, von der allgemein gefaßten Bestimmung für derartige naheliegende Fälle Ausnahmen anzuordnen. Das hier vom Zeugen Gesagte wird auch auf den Richter Anwendung finden; auch dieser würde vielfach Gefahr laufen, wider seinen Willen den Zeugen durch vorgelegte Fragen zu

solchen dem Angehörigen desselben nachtheiligen Antworten zu verleiten, deren Tragweite dieser wegen mangelnder Rechtskenntnisse oder ungenügender Befähigung zur Beurtheilung des Einflusses seiner Auslassung auf die Untersuchung, nicht zu ermessen vermag.

Hierzu kommt, daß, wenn die Ansicht von **Dalcke** und Gen. in der That der Absicht des Gesetzes entspräche, es besonderer Vorschriften über das in solchen Fällen zu beobachtende Verfahren bedurft hätte, da auf dieselben die in den §§ 51 u. 61 enthaltenen Bestimmungen nicht passen. Nach dem Schlußsatze des § 51 muß der als Angehöriger des Beschuldigten bekannte oder sich ausweisende Zeuge vor seiner Vernehmung über sein Recht zur Zeugnißverweigerung belehrt werden, und er ist, Mangels seiner Verzichtleistung, von der Ablegung des Zeugnisses zu entbinden. Jene Belehrung wäre aber beim Vorhandensein von Mitbeschuldigten eine unrichtige; der Richter müßte dem Zeugen, um gegen die Letzteren das Zeugniß desselben zu erlangen, eröffnen, daß er nur über gewisse ihm vorzulegende Fragen, und auch über diese nur insoweit Auskunft zu geben brauche, als dasselbe nach seiner Kenntniß von der Sachlage und nach seiner Ueberzeugung seinem mitbeschuldigten Angehörigen nicht nachtheilig sei. Mit einem solchen Verfahren ist aber die erwähnte Schlußbestimmung des § 51 nicht zu vereinbaren. Noch komplizirter gestaltet sich das Verhältniß in Bezug auf den nach § 60, Mangels „besonderer Gründe“, in der Hauptverhandlung vor der Vernehmung zu leistenden Eid. So, wie dieser im § 61 Abs. 1 normirt werden soll, darf er dem Zeugen nicht abgenommen werden, da dieser berechtigt ist, alles seinem Angehörigen Nachtheilige zu verschweigen. Wird er aber dahin normirt, daß er mit Ausnahme des seinem Angehörigen Nachtheiligen nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde“, so wird der Zeuge genöthigt, bei jeder Auslassung über die, möglicher Weise selbst für den Richter sehr zweifelhafte Frage sich schlüssig zu machen, ob seinem Angehörigen aus derselben ein Nachtheil erwachsen könne, oder nicht. Hierin wird auch nichts Wesentliches geändert, wenn das Gericht den Zeugen den Eid nach der Vernehmung leisten läßt. Denn dieselbe Prüfung des Einflusses, welchen seine Aussagen auf das über seinen Angehörigen zu fällende Urtheil möglicherweise äußern können, muß er in gleicher Weise im Hinblick auf den zu leistenden, als in der Erinnerung an

den geleisteten Eid anstellen. Und selbst wenn der Nacheid dahin normirt würde: „daß dasjenige, was er in Betreff des Mitbeschuldigten ausgesagt habe, nach seinem besten Wissen die reine Wahrheit enthalte und er in Bezug auf das diesen allein betreffende nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe", würde das Bedenken nicht behoben werden, da der Zeuge sich auch dann in der peinlichen Ungewißheit befinden würde, ob das, was er verschwiegen habe, auch in der That seinem Angehörigen, und nicht dem Mitbeschuldigten desselben allein hätte nachtheilig werden können.

Es wird sich hiergegen auch nicht einwenden lassen, daß dieselben Erwägungen sich auch hinsichtlich der Vorschriften des § 52 würden geltend machen lassen, in welchen doch den dort benannten Personen gleichfalls die Befugniß zur Zeugnißverweigerung nur im Betreff eines Theils ihrer Wissenschaft eingeräumt worden sei. Denn, selbst wenn der jedenfalls äußerst seltene Fall eintreten sollte, daß einem Geistlichen, Vertheidiger u. s. w. noch außer dem ihm in der dort angegebenen Weise Anvertrauten, Kenntniß von dem Gegenstande der Untersuchung und der Verschuldung des Angeklagten beiwohnt, so handelte es sich in einem solchen Falle lediglich um die thatsächliche Frage, ob das zu Bekundende dem Zeugen vom Beschuldigten anvertraut ist, oder er die Kenntniß davon in anderer Weise erlangt hat, während in jenem Falle der Zeuge prüfen und bei sich entscheiden soll, ob seine Aussagen seinem Angehörigen möglicherweise nachtheilig werden könnten.

Daß Fälle denkbar sind, in denen die Unschädlichkeit einer den Mitbeschuldigten betreffenden Auslassung für den Angehörigen des Zeugen diesem Letzteren selbst zweifellos erscheinen muß, ist zuzugeben. Es kann aber nicht angenommen werden, daß das Gesetz mit Rücksicht auf eine solche Möglichkeit dem Zeugen das ihm im § 51 Abs. 1 unbeschränkt eingeräumte Recht habe verkümmern wollen, vielmehr darf davon ausgegangen werden, daß der, wie schon erwähnt, in den Mot. S. 44 zu § 42 des Entw. ausgesprochene Grundsatz: „daß es vorzuziehen sei, lieber auf ein Beweismittel zu verzichten, als einen nahen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung auszusetzen, zu Gunsten des letzteren einen Meineid zu leisten", auch hier leitend gewesen sei.

Im Prinzip hat sich auch das von **Thilo** in Bezug genommene Preuß. Ob.-App.-Gericht (nicht Ob.-Tribunal) in dem in Goltdammer's Arch. Bd. 16 S. 280 abgedruckten Urtheil vom 18. März 1868 für die vorstehend vertheidigte Ansicht ausgesprochen. Der § 161 der Preuß. StPO. vom 25. Juni 1867 verordnete, daß Geschwister des Beschuldigten nicht als Zeugen zu beeidigen seien. Der Fall des Vorhandenseins von Mitbeschuldigten war auch dort nicht vorgesehen. In einer Untersuchung wegen Meineids war die Schwester des Angeklagten beeidigt und ihr Zeugniß bei der Verurtheilung eines Mitangeklagten in Betracht gezogen worden. Zur Rechtfertigung der ausgesprochenen Vernichtung dieser Entscheidung führte das oben bezeichnete Urtheil aus: es mache keinen Unterschied, wenn bei der Verhandlung über einen, mehrere Angeklagte betreffenden Anklagepunkt die Aussage des nur einem der Beschuldigten verwandten Zeugen lediglich zur Belastung desjenigen Beschuldigten gereiche, welcher nicht mit dem Zeugen verwandt sei, da auch in diesem Falle die nachtheiligen Einwirkungen des Verwandtschaftsverhältnisses auf die Wahrhaftigkeit des Zeugen, deren Befürchtung die gesetzliche Vorschrift hervorgerufen habe, eintreten könnten.

Bezieht sich die Vorschrift des § 65 StPO., nach welcher die Beeidigung der Zeugen der Regel nach in der Hauptverhandlung erfolgen soll, auch auf Sachverständige?

Diese unter den Kommentatoren streitige Frage wird bejaht von **Löwe**. Er sagt S. 359 Nr. 2 und 3:

2. „Auch die Sachverständigen sind regelmäßig erst in der Hauptverhandlung zu beeidigen. §§ 65. 72. Von den Ausnahmebestimmungen des § 65 erscheint wohl nur die in dem ersten Satze des Abs. 2 enthaltene auf die Sachverständigen anwendbar, da die Behörden solche Personen, deren nochmalige Vernehmung voraussichtlich nicht würde erfolgen können, ebensowenig als Sachverständige zuziehen werden, wie solche, von denen ein wahrheitsgemäßes Gutachten nur im Falle der Beeidigung erwartet werden kann.
3. Da die StPO. für die Sachverständigen eine assertorische Eidesform nicht aufgestellt hat, so kann die Eidesleistung immer nur promissorisch erfolgen. Sollte bei einer im Vorverfahren erfolgenden Vernehmung eines Sachverständigen die Nothwendigkeit, ihn schon jetzt zu beeidigen (Note 2), sich erst nach der Abgabe des Gutachtens herausstellen, so würde nichts übrig bleiben, als nach erfolgter Eidesleistung die Vernehmung zu wiederholen." —

Puchelt giebt S. 165. 2 seine Ansicht, daß Sachverständige bezüglich der Vorschrift des § 65 den Zeugen gleichzustellen seien, dadurch zu erkennen, daß er bei Besprechung des § 72 nur die §§ 50. 56—58 als nicht für Sachverständige passend bezeichnet, die Bestimmung des § 65 mithin indirekt als unter die Vorschrift des § 72 fallend anerkennt. Dasselbe wird von

Dalcke anzunehmen sein, da er S. 54 zwar hinsichtlich des § 58 bemerkt, daß auf ihn der § 72 nicht anwendbar sei, bei seinen den § 65 betreffenden Ausführungen aber eine gleiche Ansicht nicht aufstellt.

Entschieden entgegengesetzter Ansicht ist

Geyer (von Holtzendorff's „Handbuch" B. I S. 250). Er führt aus:

„Die Beeidigung (des Sachverständigen) wird zwar allerdings, wenn die Erstattung des Gutachtens bis dahin aufschiebbar ist, erst in der Hauptverhandlung vorzunehmen sein. Dagegen darf man durchaus nicht annehmen, daß der § 65 auch für die Sachverständigen gelte, und daher eine Beeidigung derselben im Vorverfahren nur in den dort angegebenen Ausnahmefällen statthaft sei. Sobald es nothwendig wird, ein Gutachten von Seiten eines Sachverständigen zu erhalten, um auf dieser Grundlage das Vorverfahren weiter fortsetzen zu können, wird auch die Beeidigung des Sachverständigen nothwendig, da ohne diese eine Erstattung des Gutachtens gesetzlich unzulässig ist. Gerade in den mit Rücksicht auf die Straffolgen wichtigsten Fällen — wo Verdacht verbrecherischer Tödtung vorliegt — wird dies nicht selten zutreffen. Der Richter kann nicht ins Blaue hinein weiter inquiriren, wie er dies ohne die von einem Gutachten gegebene Grundlage häufig thun müßte. Ist es ja doch sogar eigentlich verfehlt, daß die StPO. nicht geradezu, wie es in früheren Gesetzen der Fall war, die Beeidigung der Sachverständigen vor dem Beginn ihres Geschäftes vorgeschrieben hat; denn es ist vor Allem erforderlich, daß der Sachverständige unter dem Eindruck des geleisteten Eides bereits an die von ihm zu machenden Beobachtungen und Untersuchungen herantrete.

Daß die Beeidigung eines Gutachtens im Vorverfahren vom Gesetz nicht als eine seltene, besonders zu begründende, Ausnahme angesehen wird, ergiebt sich auch aus der Bestimmung des § 82 über die im Vorverfahren zu erstattenden Gutachten (13)."

In der vorstehend in Bezug genommenen Note 13 fügt **Geyer** hinzu:

„Selbst die promissorische Eidesnorm, welche § 79 vorschreibt, spricht für unsere Ansicht. Zuerst ein Gutachten erstatten lassen, dann nöthigenfalls den Sachverständigen promissorisch beeidigen und nun die Vernehmung wiederholen, wie **Löwe** S. 359 Nr. 3 will, ist freilich zuletzt der einzige seltsam gewundene Ausweg, wenn man das Gesetz unrichtig aufgefaßt hat."

Dochow weist S. 123 bei Anführung des Inhalts des § 72 lediglich auf die §§ 48. 49. 50 Abs. 2. 3; 51—55. 63. 64. 66. 67. 69 Abs. 3 u. 4 hin. Wiewohl es an jeder hierauf bezüglichen erläuternden Aeußerung fehlt, scheint doch aus der Nichterwähnung des § 65 gefolgert werden zu dürfen, daß er mit **Geyer** auf diesen § die Vorschrift des § 72 nicht für anwendbar erachtet.

Der Ansicht **Löwe's**, daß der § 65 StPO. in gleicher Weise auf Sachverständige, wie auf Zeugen anzuwenden sei, wird beizutreten sein.

Zunächst entspricht dieselbe dem der ReichsStPO. zum Grunde liegenden Prinzip: das eigentliche Untersuchungsverfahren, einschließlich der Beweisaufnahme, und als deren wesentlichen Bestandtheil die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen — abweichend von früheren Strafprozeßordnungen mehrerer Bundesstaaten — der Hauptverhandlung, im Gegensatze zu dem Vorverfahren, vorzubehalten. Die Mot. sagen in dieser Beziehung S. 50: „Das Vorverfahren soll nur das Hauptverfahren vorbereiten, und es sollen in ihm nicht sowohl eigentliche Beweiserhebungen, als vielmehr nur Handlungen zur vorläufigen Aufklärung des demnächst über die Anklage beschließenden Gerichts vorgenommen werden." In der Justizkomm. ist dies Prinzip nicht nur bei der Berathung des § 57 des Entw. (§ 65 StPO.) aufs lebhafteste verfochten worden, sondern auch dadurch zur Geltung gekommen, daß, während der Entw. die Beeidigung vor der Hauptverhandlung in gewissen Ausnahmefällen für das gesammte „Vorverfahren" zulassen wollte, die Justizkomm. noch zwischen der Voruntersuchung und dem vorbereitenden Verfahren unterschied und die Beeidigung in letzterem noch von besonders erschwerenden — in den Abs. 3 des § 65 StPO. aufgenommenen — Bedingungen abhängig machte. Prot. S. 63. 66. 69. 823. Dafür, daß dies Prinzip nur in Bezug auf die Beeidigung der Zeugen habe durchgeführt, hinsichtlich der Sachverständigen

aber verlassen werden sollen, fehlt es sowohl in den Mot. als in den Verhandlungen der Justizkomm. an jeder Andeutung.

Für die Meinung, daß das im § 65 von Zeugen Gesagte auch für Sachverständige gelten solle, sprechen aber auch die Worte des § 72 jedenfalls in soweit, daß es, um die Unanwendbarkeit der Vorschrift des ersteren auf Sachverständige darzuthun, des Nachweises bedürfte, daß in den §§ 73 folg. eine den § 65 von der Anordnung des § 72 ausschließende „Bestimmung" — sei es ausdrücklich oder mittelbar — getroffen sei, mindestens aber, daß in der hier in Rede stehenden Beziehung ein derartiger Unterschied zwischen Zeugen und Sachverständigen obwalte, daß das Gesetz den § 65 nicht unter die Vorschrift des § 72 habe subsumiren können.

Bei einer hierauf gerichteten Prüfung tritt aber zunächst entgegen, daß der Entwurf die Absicht, seinen § 57 (StPO. §. 65) auf Sachverständige Anwendung finden zu lassen, völlig klar an den Tag gelegt hat. Wie schon in der, S. 118 folg. des ersten Hefts der „Kontroversen" abgedruckten Abhandlung erwähnt worden (S. 123), behandelte der Entwurf im § 71 die Beeidigung der Sachverständigen, indem er, abweichend von der, die Beeidigung der Zeugen ausnahmsweise auch nach ihrer Vernehmung zulassenden Bestimmung des § 60 der StPO., in Bezug auf Sachverständige anordnete: daß ihre Beeidigung stets vor der Erstattung des Gutachtens stattzufinden habe. Nachdem darauf im folgenden § 72 eine dem § 82 StPO. entsprechende, die Form des Gutachtens betreffende Bestimmung getroffen worden, hieß es im § 73:

> Im Uebrigen finden die Bestimmungen über die Ladung, Vernehmung und Beeidigung der Zeugen auf Sachverständige Anwendung.

Dadurch war mit genügender Deutlichkeit zu erkennen gegeben, daß hinsichtlich der Beeidigung der Sachverständigen eine andere als die erwähnte im § 71 des Entw. enthaltene Abweichung von dem für die Beeidigung der Zeugen angeordneten Verfahren nicht stattfinden solle, die ersteren vielmehr in gleicher Weise wie die letzteren, der Regel nach in der Hauptverhandlung und nur ausnahmsweise im Vorverfahren zu beeidigen seien.

Dies erwogen, würde, wenn Mitglieder der Justizkomm. in dieser

Beziehung eine Abweichung von dem Verfahren des Entwurfs für rathsam erachtet hätten, eine solche um so unzweifelhafter beantragt worden sein, als die Eidesleistung in der Hauptverhandlung, wie schon erwähnt, mit dem in der Justizkomm. eifrig vertheidigten Prinzip im Einklange stand, die letztere mithin zu erwarten hatte, daß die Gerichte den § 72 StPO., seinem unzweideutigen Wortsinne und der Absicht des Entwurfs entsprechend, auch auf die Vorschrift des § 65 beziehen würden. Ein solcher Antrag ist aber nicht nur nicht gestellt, sondern die Justizkomm. hat auch ihrerseits ihre Absicht zu erkennen gegeben, den § 57 des Entw. (§ 65 StPO.) auch auf Sachverständige Anwendung finden zu lassen.

Denn, nachdem darauf hingewiesen worden war (S. 925 der Prot.), daß dieser § mit dem § 191 StPO. und dem im § 65 in Bezug genommenen § 222 StPO. (§§ 159. 186 des Entw.) im Zusammenhange stehe, wurde (S. 945) beschlossen, die 3 §§ verbunden zu berathen. Nun waren aber die „Sachverständigen" nicht bloß in den beiden letzterwähnten §§ des Entwurfs und in den entsprechenden, von der Justizkomm. in erster und zweiter Lesung beschlossenen §§ neben den Zeugen angeführt, sondern es wurde bei der gemeinschaftlichen Berathung jener 3 §§ in der Sitzung vom 16. Juni 1876 (Prot. S. 984 Nr. II. 2) die Nothwendigkeit, dieselben im § 159 des Entw. (§ 191 StPO) zu erwähnen, noch besonders geltend gemacht. Wäre, ungeachtet des erwähnten ausdrücklichen Anerkenntnisses des Zusammenhanges der vorbezeichneten 3 §§, davon ausgegangen, daß sich der § 65 StPO. nicht auf Sachverständige beziehe, so wäre eine hierauf bezügliche Bemerkung unerläßlich gewesen. Daß man nicht beantragt hat, wie im § 191, so auch im § 65 der Sachverständigen ausdrücklich zu erwähnen, war durchaus korrekt, weil, wie oben nachgewiesen, der Regierungs-Entw. unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, daß sein § 57 sich, den Worten des § 72 StPO. entsprechend, auch auf Sachverständige beziehe, die Erwähnung dieser letzteren im § 65 mithin etwas Ueberflüssiges enthalten haben würde.

Diese für **Löwe's** Meinung sprechenden Gründe dürften auch durch **Geyer's** Ausführungen nicht abgeschwächt werden.

Zunächst ist wohl der Ausspruch desselben: „ohne die Beeidigung des Sachverständigen sei die Erstattung eines Gutachtens gesetzlich

unzulässig," lediglich eine petitio principii; denn die Frage: ob nach den Bestimmungen der StPO. die Beeidigung des Sachverständigen bei seiner im Vorverfahren stattfindenden gutachtlichen Vernehmung erfolgen müsse, oder der Regel nach bis zu seiner Abhörung in der Hauptverhandlung auszusetzen sei, bildet eben den Gegenstand der Meinungs-Verschiedenheit; sie kann daher nicht durch die bloße Behauptung: die erste Alternative sei in den Gesetzen begründet, entschieden werden.

In seinem ferneren, unter Hinweisung auf die in den Straffolgen wichtigsten Delikte geltend gemachten Argument: „daß der Richter nicht ins Blaue hinein weiter inquiriren könne, wie er ohne die von einem Gutachten gegebene Grundlage häufig thun müßte," wird im Hinblick auf das unmittelbar vorangehend von **Geyer** Gesagte vor dem Worte „Gutachten" zu subintelligiren sein: „beeideten"; denn anderenfalls würde dasselbe die Streitfrage, ob der § 65 auf Sachverständige zu beziehen sei, unberührt lassen. Meint er nun aber hiernach, daß der Richter bei einem nicht beeidigten Gutachten ins Blaue inquirire, so beweist dies Argument zu viel, da es nicht nur in gleichem, sondern sogar im weiteren Maße auch auf unbeeidete Zeugen-Aussagen Anwendung finden würde. Denn den Sachverständigen wohnt im Allgemeinen ein höherer Grad von Bildung und Zuverlässigkeit bei, als den Zeugen; auch stehen sie in der Regel der Sache, in welcher sie ein Gutachten abgeben sollen, völlig objektiv gegenüber, während erfahrungsmäßig auf die Auslassungen von Zeugen — ihnen bewußt oder unbewußt — Beweggründe verschiedener Art Einfluß äußern. Dies Bedenken ist auch in der Justizkomm. bei den oben erwähnten Berathungen sowohl von Vertretern der Regierungen, als von solchen Abgeordneten, welche die beantragten Beschränkungen der Beeidigung der Zeugen im Vorverfahren bekämpften, eingehend und eifrig — doch erfolglos — geltend gemacht worden. Mit gleichen Worten, wie **Geyer** in Bezug auf Sachverständige, erklärte der Geh. J.R. **Oehlschlaeger** im Betreff der Zeugen: „Durch den in erster Lesung von der Justizkomm. gefaßten Beschluß, wonach in dem vorbereitenden Verfahren die Beeidigung nur zulässig sein solle, wenn Gefahr im Verzuge vorwalte, werde die Staatsanwaltschaft entweder lahm gelegt, oder gezwungen, die öffentliche Klage gewissermaßen ins Blaue

hinein zu erheben." (Prot. S. 824.) Aehnlich der Abg. **Struckmann:** Eine Vereidigung im Vorverfahren sei oft unentbehrlich, oder es müsse die öffentliche Klage auf gut Glück, gewissermaßen blind, gegen irgend Jemand erhoben werden. (Prot. S. 820.) Hat nun die StPO., dieser gewichtigen Bedenken ungeachtet, die Bestimmungen des § 65 selbst in Bezug auf Zeugen aufgenommen, so läßt sich doch nicht aus eben denselben Bedenken herleiten, daß sie hinsichtlich der Sachverständigen von der Nothwendigkeit ihrer Beeidigung bei ihrer Abhörung im Vorverfahren ausgegangen sei.

Auch Geyer's Hinweisung darauf, daß im Vorverfahren Gutachten in den „mit Rücksicht auf die Straffolgen wichtigsten Fällen" erstattet würden, ist nicht geeignet, seine Ansicht, daß auch die Beeidigung in jenem Verfahren stattfinden müsse, zu unterstützen. Denn in dem von ihm hervorgehobenen Falle des Verdachts verbrecherischer Tödtung wird die Leichenschau in der Regel, und die Leichenöffnung stets von Aerzten — worunter ein Gerichtsarzt — also von wissenschaftlich gebildeten Männern, bzhw. Beamten, vorgenommen, deren im Vorverfahren abgegebenes Gutachten dem Richter einen höheren Grad von Bürgschaft für die Bestätigung desselben bei der eidlichen Vernehmung jener Sachverständigen darbietet, als dies bei solchen gutachtlichen Auslassungen der Fall ist, welche in geringeren Straffällen — z. B. fahrlässige Beschädigung durch regelwidrige Bauausführung — von Handwerkern ausgesprochen werden.

Es wird sich auch nicht behaupten lassen, daß die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der Anklage eines sichreren Anhalts in Bezug auf den objektiven Thatbestand, als im Betreff der Thäterschaft eines bestimmten Beschuldigten, bedürfe; sie hat mit völlig gleicher Sorgfalt vor Erhebung der Anklage zu prüfen, ob gegen die ihr als Thäter bezeichnete Person ein genügender Verdacht vorliege, als, ob die angezeigte Strafthat überhaupt und so, wie angegeben, verübt worden sei und nicht vielmehr die betreffende Anzeige auf Fiktion oder Irrthum beruhe. Vorzugsweise über diese den objektiven Thatbestand betreffenden Umstände werden aber Sachverständige vernommen. Geyer's Bemerkung: „es ist vor Allem erforderlich, daß der Sachverständige unter dem Eindruck des geleisteten Eides bereits an die von ihm zu machenden Beobachtungen und Untersuchungen heran-

trete, greift daher nicht minder in Bezug auf Zeugen, als im Betreff der Sachverständigen Platz.

Auch aus dem von ihm für seine Ansicht in Bezug genommenen § 79 wird sich eine Unterstützung für dieselbe nicht herleiten lassen. Dieser § normirt in seinem Abs. 1 den vom Sachverständigen zu leistenden Eid und bestimmt — wie in der oben erwähnten Abhandlung nachzuweisen versucht worden — daß der Eid vor der Erstattung des Gutachtens zu leisten, dem Richter mithin nicht gestattet sei, denselben unter den im § 60 StPO. in Bezug auf Zeugen angeführten Umständen erst nach der Abhörung der Sachverständigen abzunehmen. Er läßt daher die hier vorliegende Frage, ob der § 65 auch auf Sachverständige zu beziehen, ob also die Beeidigung dem Hauptverfahren vorzubehalten sei, oder ob bei ihrer Vernehmung im Vorverfahren gleichzeitig ihre Beeidigung erfolgen müsse, unberührt.

Gegen Geyer's Ansicht ist aber ein nicht unerhebliches Argument aus dem in der erwähnten Sitzung der Justizkomm. vom 16. Juni 1876 S. 983 Nr. 3 der Prot. beantragten und S. 987 beschlossenen Schlußsatz des Abs. 1 des im § 65 in Bezug genommenen § 222 herzunehmen. Denn die Bestimmung desselben: daß in den dort angegebenen Fällen Zeugen und Sachverständige durch den beauftragten oder ersuchten Richter eidlich zu vernehmen seien, hätte in Bezug auf Sachverständige nicht in die StPO. aufgenommen werden können, wenn davon ausgegangen wäre, daß eine Erstattung des Gutachtens — wie Geyer meint — ohne Beeidigung „gesetzlich unzulässig" sei. Hätte sich doch unter dieser Voraussetzung die Nothwendigkeit der Beeidigung hinsichtlich der Sachverständigen von selbst verstanden, jene Bestimmung mithin im Betreff ihrer etwas völlig Müßiges enthalten.

Den von Löwe ins Auge gefaßten und von Geyer in seiner oben mitgetheilten Note 3 besprochenen Fall: wenn sich bei der Vernehmung des Sachverständigen im Vorverfahren die Nothwendigkeit, ihn wegen voraussichtlicher Unausführbarkeit seines Erscheinens in der Hauptverhandlung sofort zu beeidigen, erst nach der Abgabe seines Gutachtens herausstellt, hat die StPO. allerdings nicht vorgesehen, sich also über das dann zu beobachtende Verfahren nicht ausgesprochen. Sie hatte hierzu aber auch wohl keine Veranlassung, da die im § 65 angegebenen Voraussetzungen der Beeidigung im Vorverfahren bei einem vom Rich-

ter erwählten Sachverständigen überhaupt nur in wenigen Ausnahmefällen zutreffen werden, noch ungleich seltener es sich aber ereignen wird, daß die der Aussetzung der Beeidigung bis zur Hauptverhandlung entgegenstehenden Umstände erst nach Erstattung des Gutachtens zur Sprache kommen werden. Die Frage, wie beim Eintritt eines so singulären Falles zu verfahren, ob insbesondere der von **Löwe** empfohlene Ausweg mit **Geyer** als ein „seltsam gewundener" zu bezeichnen sei, liegt außerhalb der Kontroverse, ihre Prüfung ist daher nicht Aufgabe dieser Abhandlung. Keinenfalls dürfte aber aus dem Mangel einer jenen Fall betreffenden Vorschrift zu folgern sein, daß, abweichend von dem Grundsatze der Ueberweisung der Beweisaufnahme an die Hauptverhandlung, und im Widerspruche mit dem Wortsinne des § 72 StPO., die Vorschrift des § 65 auf Sachverständige keine Anwendung habe finden sollen.

§ 156 StPO.

So wenig wissenschaftliches Interesse auch der § 156 StPO. an sich darbietet, so rechtfertigt sich doch die Besprechung desselben in den „Kontroversen" im Interesse der Praxis durch die „mehrfachen Zweifel und Meinungsverschiedenheiten", welche der von der Justizkomm. dem Entwurfe hinzugefügte zweite Abs. nach **Löwe's** zutreffender Bemerkung (S. 494. 3) hervorgerufen hat.

Da von der Mehrzahl der Kommentatoren bei ihren Ausführungen auf die s. g. Materialien und die Geschichte der Entstehung des § Bezug genommen ist, empfiehlt es sich, die letztere, soweit sie zum Verständniß der Bestimmungen des § beitragen kann, im Allgemeinen hier voranzuschicken.

Der Entwurf der StPO. enthielt im § 137 nur den ersten Satz des Abs. 1 des § 156 der StPO. Dieser ist — abgesehen von der Substituirung des Wortes „oder" an Stelle von „und", unverändert in die StPO. übernommen. Der 2. Satz des Abs. 1 und der ganze 2. Abs. sind von der Justizkomm. hinzugefügt. In jenem 2. Satz des Abs. 1 interessirt hier nur der Ausdruck „beurkunden", sofern er im Gegensatze zu den Worten des Abs. 2: „zu Protokoll" in Betracht kommt.

Dieser 2. Abs. hat in der Justizkomm. mehrfache Veränderungen erfahren. Bei erster Lesung wurde (49. Sitzung S. 200) vom Abg. **Thilo**, unter Hinweisung auf die in der Praxis häufig entstehenden Zweifel darüber, ob bei Antragsdelikten der Denunciant einen Strafantrag zu stellen, oder nur die Strafthat zur Anzeige zu bringen beabsichtigt habe, darauf angetragen, dem § als Abs. 2 hinzuzufügen: „Ueber einen mündlichen Antrag ist jedesmal ein Protokoll aufzunehmen". Dieser Antrag — der hiernach die Behörde, welche das

Protokoll aufzunehmen habe, nicht bezeichnete — wurde angenommen, wiewohl gegen die Fassung eingewendet wurde, daß nach derselben nicht ausgeschlossen sei, daß „der Polizeibeamte oder Gensdarm auch erst nachträglich ein Protokoll aufnehme". Ob unter dem Worte „Protokoll" ein „förmliches", auch die Unterschrift des Antragstellers enthaltendes Protokoll, oder nur eine „Beurkundung", eine „schriftliche Fixirung", zu verstehen sei, war streitig; doch konstatirte der Vorsitzende am Schlusse der Debatte: daß unter Protokoll im Sinne des Antrags **Thilo** eine schriftliche Registratur zu verstehen sei. Prot. S. 203.

Bei zweiter Lesung (Prot. S. 887 folg.) wurde auf den Antrag **Becker**-Dr. **von Schwarze** beschlossen, den Abs. 2 dahin zu fassen: „Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, muß der Antrag schriftlich oder zu Protokoll bei einem Gericht oder bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden." Zur Rechtfertigung des Antrages wurde darauf hingewiesen, daß die Sachlage durch die nach stattgehabter erster Lesung des § erschienene Novelle zum StGB. vom 26. Februar 1876 eine erhebliche Veränderung erfahren habe, insofern in Folge der durch dieselbe eingetretenen Beschränkung der Befugniß zur Zurücknahme des Strafantrages sich das Bedürfniß einer Vorschrift geltend mache, wonach die Strafanträge schriftlich oder zu Protokoll angebracht werden müßten. Dabei wurde hervorgehoben, daß die „Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes" absichtlich aus dem Abs. 2 ausgelassen worden seien. Auch wurde ein von anderer Seite gestellter Antrag: hinter dem Worte „Staatsanwaltschaft" einzuschalten: „oder bei den Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes", abgelehnt.

Die, wie vorstehend angegeben, beschlossene Fassung des Abs. 2 hat jedoch demnächst auf den Antrag des Abg. **von Schwarze** (Anlage zum Prot. der Justizkomm. vom 17. Oktbr. 1876) die von demselben als redaktionell bezeichnete Veränderung erfahren, welche sich aus der jetzigen Fassung des § ergiebt. —

Obgleich die erwähnte „Konstatirung" des Begriffs „Protokoll" Seitens des Vorsitzenden bloß den ersten Abs. des § zum Gegenstande gehabt, auch ausdrücklich hervorgehoben hatte, daß dieselbe dem Sinne des jenen ersten Abs. betreffenden Antrag **Thilo** entspreche,

obgleich ferner zur Zeit jener „Konstatirung" der Abs. 2 des § noch gar nicht existirte, bei Besprechung dieses 2. Abs. auch besonders bemerkt war, daß er, gegenüber dem ersten Abs. etwas „materiell Neues" enthalte, die wesentlich materielle Verschiedenheit zwischen den Abs. 1 u. 2 auch sofort dadurch hervortrat, daß im ersten derselben auch von der Beurkundung der Strafanträge durch die „Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes" die Rede ist, während diese im Abs. 2 absichtlich ausgeschlossen, und zur protokollarischen Aufnahme von Strafanträgen bei Antragsdelikten nur die Gerichte und Staatsanwaltschaften für zuständig erklärt waren — wurde dennoch, ohne daß dieses historischen Herganges bei der Entstehung des § und des wesentlichen Unterschiedes zwischen dem „beurkunden" des ersten, und den „Protokollen" des zweiten Abs. irgendwie Erwähnung geschah, in der späteren Sitzung der Justizkomm. vom 20. Oktbr. 1876 (Nr. 164) eine

„von den Protokollanten bewirkte Zusammenstellung der von der Kommission nach den Protokollen über deren Beschlüsse bewirkten authentischen Interpretationen" (Anlage L)

ohne jeden Vorbehalt genehmigt, wiewohl der Berichterstatter erklärte, „daß sich die Prüfung der Zusammenstellung lediglich darauf beschränkt habe, ob die darin aufgenommenen Interpretationen nach den gedruckten Protokollen wirklich bewirkt, und nicht bereits durch spätere Beschlüsse erledigt worden seien.

In dieser „Zusammenstellung" heißt es wörtlich:

§ 137 zu Abs. 2: „Der Vorsitzende konstatirt, daß unter Protokoll im Sinne des Antrags **Thilo**" (jetzt Abs. 2 des § 137) „eine schriftliche Registratur zu verstehen sei."

Die vorstehenden Mittheilungen ergeben, daß so wenig der Antrag **Thilo**, als die „Konstatirung" des Vorsitzenden, den erst später entstandenen Abs. 2 des § 137 des Entw. (§ 156 StPO.) berührt, die Bemerkung in der Parenthese „jetzt Abs. 2" mithin unberechtigt ist. Es ist dies für die hier nachfolgende Erörterung insofern erheblich, als in Kommentaren auf jene „authentische Interpretation" bei solchen Ausführungen, welche sich auf den, den Gegenstand der beiden ersten Streitfragen bildenden Ausdruck „Protokoll" im Abs. 2 beziehen, hingewiesen worden ist.

Streitig ist

I. was unter diesem Ausdruck mit Rücksicht auf das im Abs. 1 gebrauchte Wort „beurkunden“ zu verstehen sei.

Thilo S. 167. 2 unterscheidet hinsichtlich der Form nicht zwischen den beiden Abs. Er sagt nach Voranschickung, daß bei Antragsdelikten mündlich angebrachte Strafanträge von dem Gericht oder dem Staatsanwalt protokollirt werden müßten, unter Hinweisung auf die Prot. der Justizkomm. S. 203:

> nach der Absicht des Gesetzgebers sei ein förmliches Protokoll nicht erforderlich, sondern auch eine schriftliche Registratur ausreichend. — Entgegengesetzter Ansicht sind

Dalcke S. 106. Er erwähnt zwar auch der „Konstatirung“ des Vorsitzenden der Justizkomm. S. 203 der Prot. bemerkt aber:

> „Der protokollarische Antrag (des Abs. 2) unterscheidet sich von dem im Abs. 1 erwähnten dadurch, daß für den letzteren eine einfache schriftliche Notiz (Registratur) des Beamten genügt, während der erstere ein förmliches Protokoll, und also auch die Unterschrift des Erklärenden erfordert.“ — Auch

Fuchs (von Holtzendorff StrPrRecht I S. 443) verlangt ein „förmliches Protokoll“; ebenso hält

Keller — welcher die Unanwendbarkeit der „authentischen Interpretation“ auf den Abs. 2 nachweist — „eine förmliche protokollarische Aufnahme der Erklärung“ für nöthig S. 156. 5.

Löwe sagt, ohne das „Protokoll“ in bestimmter Weise zu charakterisiren, S. 495. 6:

> „es bedarf nicht nothwendig der Aufnahme eines besonderen Protokolles; der Antrag kann auch in jedes Sitzungs- oder Terminsprotokoll aufgenommen werden.“
>
> „Die Unterzeichnung des Protokolls durch den Antragsteller ist nicht für erforderlich zu erachten.“ S. 495. 7.

Für diesen letzten Satz macht er geltend (S. 208. 3 δ), daß bezüglich der Prot. des Gerichtsschreibers die Unterschrift des Erklärenden nicht vorgeschrieben sei.

Puchelt S. 305 mißbilligt die mehrerwähnte authentische Interpretation als gegen den Begriff eines Protokolls (§ 186 Abs. 1) verstoßend, und fügt hinzu:

„überdies schließt der Gegensatz des Abs. 1: „ist zu beurkunden“ mit dem Abs. 2 „zu Protokoll“ die Möglichkeit einer solchen Interpretation aus“.

Voitus S. 203 führt unter Hinweisung auf die Prot. der Justizkomm. an, daß bei den Berathungen der letzteren allseitig ausgesprochen worden sei, wie unter „beurkunden“ und „Protokoll“ im Sinne dieses § eine der Unterschrift des Anzeigenden nicht bedürfende Registratur zu verstehen sei. Er knüpft hieran, ohne eine bestimmte Ansicht auszusprechen, die Bemerkung:

„Für die Zulässigkeit dieser Auslegung des Wortes „Protokoll“ läßt sich auch geltend machen, daß in Bezug auf „Untersuchungshandlungen“ die Unterschrift der Betheiligten im § 186 Abs. 3 St. ausdrücklich vorgeschrieben ist.“

In dem Berichte der Justizkomm. vom 28. Oktober 1876, welcher S. 36 den Abs. 2 des § noch nach der erwähnten, ihm in zweiter Lesung, Prot. S. 887 folg. gegebenen, nicht nach der im Prot. vom 18. Oktober ej. beschlossenen Redaktionsveränderung mittheilt (was seine Erklärung darin finden dürfte, daß die Besprechung des § 137 des Entw. in dem umfangreichen Bericht schon vor dem Beschlusse in der Sitzung vom 18. Oktbr. erfolgt war), ist in Bezug auf die Aufnahme des mündlichen Strafantrages (Abs. 2) nur bemerkt, „das Gericht oder der Staatsanwalt habe denselben zu protokolliren“.

Nach Vorstehendem handelt es sich bei diesem Streitpunkte um die Frage: ob die im Abs. 2 gebrauchten Worte „zu Protokoll angebracht“, für gleichbedeutend mit dem im Abs. 1 gedachten „beurkunden“, also für eine von dem den Strafantrag entgegennehmenden Beamten zu den Akten zu vermerkende Registratur zu erachten, mithin auch die Unterschrift des Erklärenden nicht erforderlich sei.

In dieser Beziehung ist der Meinung derer, welche ein „förmliches Protokoll“ — im Gegensatze zu einem bloßen Vermerk — für nothwendig halten, der Vorzug zu geben.

Daß das Gesetz zwischen dem „beurkunden“ im ersten, und dem „Protokoll“ im zweiten Abs. unterschieden wissen wolle, müßte — auch abgesehen von der oben mitgetheilten Geschichte der Entstehung des Abs. 2 und den für die zusätzliche Aufnahme desselben in den § in der Justizkomm. geltend gemachten Gründen — schon deshalb angenommen werden, weil der erstere Ausdruck der allgemeinere, der

zweite der speziellere ist, mithin die Wahl des letzteren in der den ungleich folgeschwereren Strafantrag bei Antragsdelikten betreffenden Vorschrift des Abs. 2 zu erkennen giebt, daß in Bezug auf diesen ein formelleres und zuverlässigeres Verfahren stattfinden solle, als im Betreff der Anzeigen und Anträge des Abs. 1. Tritt doch auch die den Strafanträgen bei Antragsdelikten vom Gesetz beigemessene größere Wichtigkeit dadurch hervor, daß dieselben mündlich nur vor den Gerichten und Staatsanwaltschaften angebracht werden dürfen, während für die Entgegennahme der Erklärungen des Abs. 1 auch Polizei-Behörden und Beamte zuständig sind. Auch bildet — worauf **Puchelt** hindeutet — der Begriff „Protokoll" nach der juristischen Geschäftssprache den Gegensatz zu solchen bloßen „Registraturen", wie sie Inhalts der Prot. der Justizkomm. unter dem „beurkunden" des Abs. 1 verstanden werden sollen.

Daß die erwähnte „authentische Interpretation" und die ihr zum Grunde liegende „Konstatirung" des Vorsitzenden der Justizkomm. ausschließlich auf den Abs. 1 Bezug hat, daher bei der Auffassung des Wortes „Protokoll" im Abs. 2 — wie auch **Keller** ausführt — völlig außer Betracht bleiben muß, wird nach den obigen Mittheilungen über die Entstehung derselben nicht bezweifelt werden.

Nun haben zwar **Fuchs** und **Keller** sich nicht ausdrücklich darüber ausgesprochen, was sie unter einem „förmlichen Protokoll" „einer förmlichen protokollarischen Aufnahme der Erklärung" verstehen; es wird jedoch davon auszugehen sein, daß sie — übereinstimmend mit **Dalcke** — ein solches meinen, welches, dem überwiegend allgemeinen Geschäftsverkehr bei Gerichten und Staatsanwaltschaften entsprechend, die nach stattgehabter Vorlesung oder Durchlesung erfolgte Unterschrift des Erklärenden nachweist, zumal nur die letztere gegen einen späteren Einwand der Nichtübereinstimmung des Inhalts des Protokolls mit seinen Erklärungen vollkommen sichert. Die Terminologie der StPO. bietet allerdings in dieser Beziehung einen bestimmten Anhalt nicht dar. Die von **Puchelt** in Bezug genommenen §§ 166. 186 Abs. 1 stellen nicht den „Begriff eines Protokolls" im Allgemeinen dar, sondern bezeichnen nur die Erfordernisse einer „Untersuchungshandlung". Es ist jedoch kein Grund erkennbar, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, von einer an sich zweckmäßigen und in anderen StPO. vorge-

schriebenen Einrichtung abzusehen. — In Bezug auf das Protokoll ist ferner

II. streitig, ob dasselbe auch von dem Gerichtsschreiber, bzhw. einem Büreaubeamten der Staatsanwaltschaft, aufgenommen werden dürfe, oder ob die Mitwirkung eines Richters oder Staatsanwalts dabei nothwendig sei.

Fuchs, der des Gerichtsschreibers nicht erwähnt, meint, die Aufnahme des Protokolls „werde auch durch einen Büreaubeamten der Staatsanwaltschaft erfolgen können“ a. a. O. S. 443.

Keller hält, unter Bezugnahme auf eine — demnächst zu besprechende — Aeußerung des Kommissarius der Regierungen, Minist.-Dir. von Amsberg, die Mitwirkung des Amtsrichters nicht für erforderlich, vielmehr auch den Gerichtsschreiber zur Aufnahme des Protokolls für befugt. S. 156. 2. Derselben Ansicht ist

Löwe S. 495. 6. Er geht allgemein davon aus, daß „die Entgegennahme der Erklärungen und die Aufnahme der Protokolle über dieselben zu dem Geschäftskreise des Gerichtsschreibers gehöre“ (S. 208) und hält es lediglich für eine Anwendung der „stillschweigend (in der StPO.) angenommenen allgemeinen Norm“, wenn in einzelnen §§ gesagt sei: „zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich“ S. 207. Dagegen hält Löwe dafür, daß „ein bei der Staatsanwaltschaft angebrachter Antrag nur von einem Mitgliede dieser Behörde, nicht von einem Büreaubeamten (Sekretär u. s. w.) zu Protokoll werde genommen werden dürfe, weil die StPO. derartige staatsanwaltschaftliche Büreaubeamte, welche beweiskräftige Protokolle aufzunehmen befugt wären, nicht kenne.“ S. 495. 6.

Thilo S. 167. 2 ist — im Einklange mit seiner erwähnten Ansicht, daß ein förmliches Protokoll nicht erforderlich sei — der Meinung, daß die Aufnahme durch den Gerichtsschreiber genüge.

Puchelt bespricht zwar die Frage nicht ausdrücklich; er sagt jedoch im Anschluß an die oben mitgetheilte, die Bedeutung des Ausdrucks „Protokoll“ betreffende Bemerkung: „Demnach kommt auch hier der § 166 und der § 186 zur Anwendung“, woraus gefolgert werden muß, daß er die Ansicht von Fuchs und Gen. nicht theilt. Denn in diesen beiden §§ ist verordnet, daß das Protokoll vom Richter unter Zuziehung eines Gerichtsschreibers zu errichten sei, die Aufnahme

desselben durch den letzteren allein mithin ausgeschlossen. — Derselben Ansicht ist

Voitus S. 203. 2. 5. Er geht davon aus, daß, wo das Gesetz den Ausdruck „Amtsgericht", bzhw. „Staatsanwaltschaft" brauche, die betreffenden Funktionen nur in dem Falle vom Gerichtsschreiber, bzhw. Sekretär, ausgeführt werden dürfen, wenn dies nach der völlig klaren Absicht des Gesetzes für zulässig zu erachten sei, leitet aber aus der geflissentlichen Ausschließung der Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes von der Aufnahme der im Abs. 2 des § bezeichneten Protokolle und aus den dafür bei der Berathung des § in der Justizkomm. geltend gemachten Gründen her, daß die Mitwirkung eines Rechtskundigen bei der Aufnahme dieses Protokolls beabsichtigt worden sei.

In der Justizkomm. ist die vorliegende Frage bei der Berathung des hier allein interessirenden Abs. 2 des § nicht berührt worden. Die Ausdrücke „Gericht und Staatsanwalt", „Gericht und Staatsanwaltschaft" wechseln mit einander ab. Prot. S. 888. Auch der „Bericht der Justizkomm." bespricht dieselbe nicht; es wird deshalb kein Gewicht darauf zu legen sein, daß es in demselben heißt: die Komm. sei der Meinung gewesen, daß den mündlich angebrachten Strafantrag „das Gericht oder der Staatsanwalt" zu protokolliren habe (S. 37 oben). Ebenso unerheblich erscheint hier die bereits oben angedeutete Antwort, welche der ꝛc. **von Amsberg** auf die Frage eines Abgeordneten: „ob nur das Amtsgericht oder auch der Gerichtsschreiber zur Aufnahme der Klage befugt sei", dahin ertheilte: „der Entwurf habe es als unzweifelhaft angesehen, und deshalb nicht besonders ausgesprochen, daß auch der Gerichtsschreiber das Protokoll aufnehmen könne" (S. 200 unten). Denn diese Bemerkung, welche überdies nur die Erläuterung des in den Mot. gebrauchten Ausdrucks „Amtsrichter" bezweckte, wurde bei erster Lesung, also in einem Stadium der Berathung abgegeben, wo nur der erste Abs. des § existirte, und die Justizkomm. in Uebereinstimmung mit dem Entwurf auch die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes allgemein zur Entgegennahme mündlich angebrachter Anzeigen und Strafanträge für befugt erachtete. Dieselbe hat mithin auf die erst in zweiter Lesung angeregte Frage, wie es mit den, den

Gegenstand des zweiten Abs. bildenden Strafanträgen bei Antragsdelikten zu halten sei, keinen Bezug.

Bei dieser Sachlage wird die Entscheidung der Kontroverse lediglich aus dem Inhalte des § selbst und den einschlagenden anderen Vorschriften der StPO. herzunehmen sein.

Daß die Worte: „bei einem Gericht oder der Staatsanwaltschaft" zunächst auf Richter und Staatsanwälte, nicht aber auf solche Beamte zu beziehen sind, mit deren Amte nach der Organisation jener beiden Behörden die Funktionen eines Richters, bzhw. eines Staatsanwalts, nicht verknüpft sind, wird zugegeben werden müssen, ist auch von Fuchs und Gen. nicht in Abrede gestellt. Diese haben auch, Inhalts der oben mitgetheilten Stellen ihrer Kommentare, andere aus gesetzlichen Vorschriften hergenommene Gründe für die Zulässigkeit der Ausdehnung der angeführten Worte des Abs. 2 nicht angegeben. Das auf jene Worte in erster Linie zu legende Gewicht wird aber erheblich dadurch verstärkt, daß die StPO. in vielen Vorschriften, wie z. B. in den §§ 341. 348. 355. 381. 385. 387. 406. 449. 454 die Aufnahme gewisser bei den Gerichten abzugebender Erklärungen den Gerichtsschreibern ausdrücklich überwiesen hat, dessen es nicht bedurft hätte, wenn das Gesetz dieselben schon selbstverständlich für einen Ausfluß des Amtes derselben erachtet hätte. Ferner ist im § 26 durch die Fassung: „Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte — anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden", das Gericht dem Gerichtsschreiber unverkennbar gegenübergestellt, und durch die Worte: „es kann" u. s. w. die Nothwendigkeit anerkannt, in Fällen, wo die StPO. die Befugniß zur Vornahme an sich zu den Funktionen der Richter gehöriger Geschäfte auch den Gerichtsschreibern einräumen wolle, dies ausdrücklich auszusprechen.

Löwe's Meinung, jene Bestimmungen sprächen nichts Anderes aus, als die Anwendung der „stillschweigend angenommenen allgemeine Norm auf einzelne Arten von Erklärungen" (S. 207) läßt — abgesehen von der bedenklichen Voraussetzung so häufiger Wiederholung derselben Inkorrektheit bei der Redaktion der StPO. in der hier in Rede stehenden Beziehung — jeden Nachweis vermissen, wodurch sich jene allgemeine Norm der StPO. — sei es in Vorschriften derselben, oder in den Mot., oder bei den Berathungen des den II. Titel

des Ger.Verf.Ges. bildenden § 154 — erkennbar gemacht habe. Bei dem „Stillschweigen" des Gesetzes würde ein solcher Nachweis nur in dem Falle entbehrlich sein, wenn der Begriff „Gerichtsschreiber" in der gesetzlichen Terminologie oder in der juristischen Geschäftssprache ein in sich abgeschlossener wäre und der Umfang der mit dem Amte verbundenen Geschäfte für allgemein in der juristischen Welt bekannt gelten könnte. Dies ist aber so wenig der Fall, daß nicht bloß in sämmtlichen s. g. alten Provinzen, also in dem überwiegend größten Theile des preußischen Staats und in der Mehrzahl der übrigen Bundesstaaten, das dem französischen System der Greffiers nachgebildete Institut der Gerichtsschreiber, wie es in den preußischen Rheinprovinzen und, mehr oder minder modifizirt, in mehreren anderen deutschen Ländern bisher bestand, unbekannt ist, sondern auch die darauf bezüglichen Bestimmungen in jenen Staaten nicht überall übereinstimmend sind. Mangels allgemeiner, das Gerichtsschreiberamt charakterisirender, oder spezieller, die Befugnisse und Obliegenheiten der Gerichtsschreiber regelnder ausdrücklicher Bestimmungen fehlt es daher an jedem Anhalt zu der Annahme, daß das Gesetz in Fällen, wo es von der protokollarischen Aufnahme von Erklärungen und Anträgen beim Gericht spricht, hierunter dem Gerichtsschreiber verstanden habe.

Löwe's Meinung, daß die StPO. von der von ihm bezeichneten allgemeinen Norm stillschweigend ausgegangen sei, steht aber auch mit dem, was in der „Begründung des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes" (Deutscher Reichstag, 2. Legisl. Per. 2. Sess. 1874 zu Nr. 4) darüber gesagt ist, nicht im Einklange. Es heißt dort S. 173. 174:

„Der Entwurf enthält sich jeder näheren Bestimmung über die Einrichtung der Gerichtsschreiberei. Der Geschäftskreis der Gerichtsschreiber, soweit derselbe für das Prozeßverfahren von wesentlicher Bedeutung ist, wird durch die Prozeßordnungen geregelt. Die Gerichtsschreiber haben in den gerichtlichen Verhandlungen durch Führung des Protokolls mitzuwirken, ihnen liegt selbstständig ob, die Aufnahme von Klagen, gewisser Gesuche und Anträge" u. s. w.

„Einer gemeinsamen Regelung der Einrichtung der Gerichtsschreiberei bedarf es aber nicht, da dieselbe für das Verfahren

selbst unwesentlich ist. Die Einrichtung des Instituts nach deutschem oder französischem Vorbilde, die Vertheilung der Geschäfte unter mehrere Gerichtsschreiber — kann je nach den besonderen in einem Bundesstaate obwaltenden Verhältnissen — unbeschadet der Vorschriften der Prozeßordnungen verschieden geregelt werden. Die Vorschrift einer gemeinsamen Organisation, sei es auch nur in einzelnen Grundsätzen, empfiehlt sich um so weniger, als die Art der Organisation und der Geschäftseinrichtung wesentlich davon abhängen wird, in welchem Umfange den Gerichten der einzelnen Bundesstaaten neben der Rechtsprechung noch Geschäfte anderer Art — übertragen werden. Am zweckmäßigsten ist es, die Einrichtung der Gerichtsschreibereien lediglich den einzelnen Bundesstaaten zu überlassen."

Auch in der Justizkomm. sind hiervon abweichende Erklärungen nicht abgegeben worden. Prot. S. 431. 679. Mit Rücksicht auf die hieraus hervorgehende geflissentliche Vermeidung allgemeiner Rechtsnormen wird die protokollarische Aufnahme einer nach Vorschrift der StPO. bei dem Gericht abzugebenden Erklärung durch den Gerichtsschreiber in solchen Fällen, wo die Zuständigkeit des letzteren nicht ausdrücklich anerkannt ist, nur dann für legal gelten können, wenn sich die Absicht des Gesetzes, diese Form für zulänglich zu erachten, aus der den einzelnen Fall betreffenden Bestimmung in anderer Weise als zweifellos ergiebt.

Diese Voraussetzung trifft in Bezug auf den ersten Abs. des § 156 zu. Denn, selbst wenn auf die erwähnte Erklärung des Direktor **von Amsberg** kein Gewicht gelegt wird, muß doch die Zuständigkeit des Gerichtsschreibers zur Registrirung der Anzeigen und der — Antragsdelikte nicht betreffenden — Anträge als vom Gesetz beabsichtigt angenommen werden, da es mit der Bestimmung, wonach jenes Geschäft selbst von Beamten des Sicherheitsdienstes, z. B. Gensdarmen, rechtsbeständig ausgeführt werden kann, nicht vereinbar sein würde, die Befähigung dazu den Gerichtsschreibern zu entziehen. Dagegen ergiebt die obige, den Abs. 2 betreffende Ausführung, daß es in Bezug auf ihn an jedem Grunde, die Zuständigkeit des Gerichtsschreibers zur Aufnahme des Protokolls anzuerkennen, mangelt.

Daß sich das Bedürfniß herausstellen kann, die Befugniß des letzteren zur Protokollirung von Erklärungen und Anträgen über die in den oben allegirten §§ 341. 348. 355. 381 hinaus zu erweitern, läßt sich nicht in Abrede stellen. Dazu bietet aber auch der § 154 des GVG. in Verbindung mit den oben mitgetheilten Motiven ausreichende Gelegenheit dar, wie denn auch das Preuß. Ausführungsgesetz zum GVG. nicht nur in den §§ 69—71 allgemeine, die Vorschriften der StPO. ergänzende Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichtsschreiber getroffen, sondern auch z. B. in Bezug auf die „weitere Beschwerde" im § 53 speziell verordnet hat, daß dieselbe durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolge.

Das vorstehend vom Gerichtsschreiber Gesagte gilt um so mehr von den Büreaubeamten der Staatsanwaltschaft, über welche das GVG. und die StPO. überhaupt Bestimmungen nicht enthalten. Würde aber der Erstere zur protokollarischen Aufnahme der Anträge des Abs. 2 des § 156 für zuständig erachtet, so möchte es bedenklich sein, die Letzteren von dem Geschäft auszuschließen, da das Gesetz, sowohl hinsichtlich der Gerichte als der Staatsanwaltschaft von den Behörden spricht, Mangels jeder Unterscheidung mithin, wenn in Bezug auf die Gerichte ein mit dem Richteramte nicht bekleideter Beamter für zuständig erachtet würde, mit **Fuchs** anzunehmen sein dürfte, daß der Ausdruck „Staatsanwaltschaft" auch die Büreaubeamten nicht ausschließe. —

III. weichen die Ansichten der Kommentatoren hinsichtlich der Bedeutung des Ausdrucks „Behörde" im Abs. 2 des § 156 von einander ab. Ein Theil derselben dehnt denselben auf alle Arten von Behörden aus, Andere wollen ihn auf Behörden der im Abs. 2 bezeichneten Art beschränkt wissen.

Keller sagt S. 157. 8: „Unter den Behörden sind nicht bloß diejenigen des Polizei- und Sicherheitsdienstes zu verstehen, sondern es ist durch Abs. 2 allen öffentlichen Behörden die Verpflichtung auferlegt, die bei ihnen eingehenden Anträge auf Strafverfolgung der zuständigen Staatsanwaltschaft zu übermitteln."

Puchelt S. 305. 3 Abs. 3: „Nicht bloß die Amtsgerichte, son-

dern alle Gerichte, und nicht bloß die Polizeibehörden, sondern alle öffentlichen Behörden, nicht bloß die kompetente, sondern jede Staatsanwaltschaft sind in § 156 Abs. 2 gemeint."

Löwe tritt dieser Ansicht nur mit einer — bei dem Passus IV dieser Abhandlung interessirenden — Beschränkung bei. Er führt aus S. 494. 4:

„Es fragt sich zunächst, ob unter der „anderen Behörde", bei welcher die schriftliche Anbringung des Antrages erfolgen kann, auch eine solche zu verstehen ist, welche nicht zu den Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes gehört. Es wird dies zu bejahen sein, jedoch mit der Einschränkung, daß die Rechtzeitigkeit des Antrages nur nach dem Zeitpunkt zu beurtheilen ist, zu welchem der von der betreffenden Behörde weiter gesandte Antrag bei einer Staatsanwaltschaft oder einem Gerichte oder einer Polizeibehörde eingeht." —

Für die zweite der Eingangs dieses Passus III bezeichneten Alternativen entscheiden sich dagegen

Dochow: „Es muß — sagt er S. 157 Note 10 — eine solche Behörde sein, die die Verpflichtung hat, den Antrag der zuständigen Behörde mitzutheilen."

Fuchs a. a. O. S. 443 unten: „Wenn der § 156 Abs. 2 außer bei dem Gerichte und der Staatsanwaltschaft die Anbringung eines Strafantrages da, wo er gesetzlich erforderlich ist, auch „bei einer anderen Behörde" gestattet, ohne diese Behörde zu bezeichnen, so dürfte doch nur eine solche Behörde gemeint sein, die direkt oder indirekt bei der Ermittelung und Feststellung strafbarer Handlungen mitzuwirken berufen ist."

„Der rechtzeitig z. B. bei einem Amtsvorsteher erhobene Strafantrag wahrt die Frist von dem Augenblick der Anbringung an, der bei einer Generalkommission oder Steuerbehörde gestellte Antrag sicherlich nicht. Im entgegengesetzten Falle müßten die zuletzt gedachten Behörden nach der Fassung des § 156 auch für verpflichtet erachtet werden, Strafanträge entgegenzunehmen, wenn der Ausdruck „andere Behörden" nicht in dem oben angedeuteten Sinne einzuschränken wäre."

Mewes S. 44: „Daß unter „anderen Behörden" nur die Be-

hörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes zu verstehen sind, folgt aus Abs. 1." — Daß auch **Thilo** dieser Ansicht ist, muß daraus gefolgert werden, daß er, ohne anderer Behörden zu erwähnen, sich dahin ausspricht, daß bei strafbaren Handlungen deren Verfolgung nur auf Antrag eintrete, insofern er „bei der Polizeibehörde oder den Polizeiorganen" angebracht werde, schriftlich eingelegt werden müsse — wodurch zu erkennen gegeben ist, daß **Thilo** nur auf diese die Worte des Abs. 2 „bei einer anderen Behörde" bezogen wissen will.

Dieser letzteren Ansicht wird auch beizutreten sein.

Daß die Worte „andere Behörde" bei ihrer Allgemeinheit die von **Keller** und Gen. ausgesprochene Meinung zulassen, ist nicht zu bestreiten. Für entscheidend werden dieselben aber schon aus dem Grunde nicht zu erachten sein, weil bei der Berathung der Justizkomm. über den — wie erwähnt — von ihr eingeschalteten Abs. 2 die Bedeutung jener Worte gar nicht zur Sprache gekommen ist, dieselben auch anscheinend nicht speziell ins Auge gefaßt worden sind, da anderenfalls ersichtlich gemacht sein würde, weshalb hier von „Behörden" ohne weitere Charakterisirung gesprochen wird, während es z. B. in den §§ 159 und 255 heißt: öffentliche Behörden.

Wird aber auch davon ausgegangen, daß auch hier nur öffentliche Behörden gemeint seien, so müßte es doch auffällig erscheinen, daß denselben ausnahmslos die Verpflichtung habe auferlegt werden sollen, bei ihnen eingehende Anträge auf Ahndung von s. g. Antragsdelikten anzunehmen und — durch den Vermerk des Eingangstages auf dem Schriftsatze, Eintragung in eine Liste (Journal), Erlaß einer Verfügung zum Zwecke ihrer Weiterbeförderung an die zuständige Staatsanwaltschaft, und Ausführung dieser Verfügung — geschäftlich zu behandeln. **Fuchs** führt als Beispiele solcher Behörden die Generalkommissionen (für Landeskultursachen) und die Steuerdirektionen an. Es gehört dahin aber auch eine große Anzahl zu derartigen Geschäften noch ungleich weniger geeigneter vom Staate anerkannter öffentlicher Anstalten. Beispielsweise sind vom Preuß. Obertribunal (Oppenhoff, StGBuch, 7. Ausgabe. S. 267 zu § 114 StGB.) städtische Hospitalvorstände, städtische Schuldeputationen und Armenkommissionen als Behörden anerkannt. Daß beabsichtigt worden sei, den Beamten dieser Anstalten die Ver-

pflichtung aufzulegen, sich nicht bloß mit der Organisation der strafgerichtlichen Behörden und ihren Zuständigkeitsverhältnissen, sondern auch mit den bezüglichen Vorschriften der StPO. bekannt zu machen und sie für Unregelmäßigkeiten bei ihren die Strafanträge betreffenden Geschäften verantwortlich zu machen, läßt sich nicht annehmen; auch würde diese Absicht voraussichtlich vielfach unvollständig ausgeführt werden. Es dürfte auch wohl an jedem zureichenden Grunde gefehlt haben, um die in Rede stehenden Denunciationen, abweichend von dem normalen strafgerichtlichen Geschäftsverkehr, in dem Grade zu begünstigen, daß den Antragstellern freigestellt würde, ihren Schriftsatz bei jeder beliebigen, der Strafjustiz noch so fern stehenden Behörde mit demselben Erfolge zu überreichen, als wenn sie ihn der zuständigen Staatsanwaltschaft übergeben hätten.

Schon diese Erwägungen sprechen für die von **Dochow** und Gen. befürwortete engere Auslegung des Wortes „Behörde."

Die Richtigkeit derselben ergiebt sich aber auch, wenn die Verbindung ins Auge gefaßt wird, in welcher der Inhalt des ersten Abs. des § 156 mit dem hier zur Beurtheilung vorliegenden zweiten steht. Jener erste Abs. gestattet die Anbringung von bloßen Anzeigen strafbarer Handlungen und von Strafanträgen im Allgemeinen bei den „Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes." Wenn nun der Abs. 2 in Bezug auf die Antragsdelikte, nach Voranschickung, daß Strafanträge bei einem Gericht oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll angebracht werden müssen, weiter verordnet, daß dieselben bei einer anderen Behörde nur schriftlich angebracht werden können, so liegt es nahe, daß das Gesetz hier unter den „anderen Behörden" die im Abs. 1 speziell bezeichneten habe verstanden wissen wollen, und daß die auf die „Behörden" bezüglichen Bestimmungen beider Abs. in ihrer Verbindung mit einander dahin aufgefaßt werden sollen:

> Bei den Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes können Anzeigen strafbarer Handlungen oder Anträge auf Strafverfolgung mündlich oder schriftlich, die letzteren aber, sofern sie Antragsdelikte betreffen, nur schriftlich angebracht werden.

Auch die den Abs. 2 betreffende Verhandlung der Justizkomm. (Prot. S. 888) bietet eine Unterstützung für die weitere Auffassung des Wortes „Behörde" im Abs. 2 nicht dar; überall ist dort nur von

dem „Polizei- und Sicherheitsdienst", im Gegensatz zu den Gerichten und der Staatsanwaltschaft die Rede. Im Einklange hiermit ist in dem Berichte der Justizkomm. (zu § 137 des Entw.) bemerkt: dieselbe sei der Meinung gewesen, daß bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintrete, der Antrag, insofern er bei der „Polizeibehörde oder den Polizeiorganen" angebracht werde, schriftlich eingereicht werden müsse.

Mit der vorstehend besprochenen durch den Abs. 2 des § 156 hervorgerufenen 3ten Kontroverse steht in Verbindung

IV. die Streitfrage über die Berechnung der im § 61 StGB. vorgeschriebenen Antragsfrist in Fällen, wo der Antrag (Abs. 2) nicht bei einer der im Abs. 1 bezeichneten Behörden angebracht ist. In Bezug hierauf sagt

Puchelt S. 305. 3. Abs. 3 bei Besprechung des Abs. 2 des § 156:

> „Aus der Erlaubniß des Anbringens bei inkompetenten Behörden folgt mit Nothwendigkeit, daß für die Antragsfrist (§ 61 ReichsStGB.) die Zeit des Anbringens entscheidet, und es nicht darauf ankommt, an welchem Tage die kompetente Staatsanwaltschaft den Strafantrag von der empfangenden Behörde erhalten hat (§ 20 StP.O.)." — Daß

Fuchs entgegengesetzter Ansicht ist, ergiebt sich aus seiner unter III mitgetheilten, die Bedeutung des Wortes „Behörde" betreffenden Ausführung. — Dasselbe gilt von

Löwe's dort angeführter Bemerkung, Inhalts deren er für die Fristberechnung denjenigen Tag für maßgebend hält, wo der bei einer anderen Behörde angebrachte und von dieser weiter gesandte Antrag bei einer Staatsanwaltschaft, einem Gerichte *oder einer Polizeibehörde* eingeht. — Dieselbe Meinung äußert

Oppenhoff in seinem trefflichen „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" (Ausgabe 7 S. 157 Nr. 19). Nachdem er vorangehend ausgesprochen hat, daß als ein Organ der Staatsanwaltschaft, bei welchem ein Strafantrag angebracht werden könne, „jeder Beamte anzusehen sei, welcher dazu berufen ist, Anzeigen über eine begangene That entgegenzunehmen und an die zur Verfolgung berufene Behörde gelangen zu lassen, z. B. die örtliche Polizeibehörde (Dorfschulze u. s. w.),

Hülfsbeamte der gerichtlichen Polizei, Gensdarmen, Polizeibeamte, fährt er fort:

> Dagegen genügt ein bei einer anderen Behörde angebrachter Antrag nicht zur Wahrung der Frist des § 61 StGB., sollte jene auch instruktionsmäßig angewiesen sein, derartige nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörende Anträge an die wirklich berufene Behörde abzugeben.

Er fügt demnächst hinzu, daß die RStPO. hierin nichts Wesentliches geändert habe, namentlich der § 156 Abs. 2 nur die Form für die Anbringung des Antrags, gegenüber der früheren Formlosigkeit regele. — Daß

von Schwarze, auf welchen **Puchelt** hinweist, die Ansicht des Letzteren theilt, erhellt nicht. Denn die Bemerkung S. 299. 3:

> „Bei Berechnung der strafgesetzlich bestimmten Antragsfrist entscheidet der Tag des Anbringens bei der Behörde. Wenn der Verletzte den Strafantrag bei „einer anderen Behörde" anbringt, so ist derselbe nur erst für angebracht zu achten, wenn das Anbringen schriftlich geschah, oder sobald es die Behörde protokollirte,"

läßt sich überhaupt auf den von den Antragsdelikten handelnden Abs. 2 nicht beziehen, da Inhalts dieses Abs. ein Protokolliren, von dem **von Schwarze** spricht, Seitens der „anderen Behörden" (nämlich: als den Gerichten oder der Staatsanwaltschaft) überhaupt nicht stattfindet. Aus ihr ist daher für oder wider die eine oder andere Ansicht nichts herzunehmen.

Darüber, daß es zur Wahrung der Frist genügt, wenn der Schriftsatz, bzhw. das über den Strafantrag aufgenommene Protokoll innerhalb der gesetzlichen Frist bei einem Gericht oder einer Staatsanwaltschaft angebracht, bzhw. bei einer Behörde des Polizei- und Sicherheitsdienstes schriftlich eingereicht worden, auch wenn der Antrag erst später bei der zuständigen Staatsanwaltschaft eingegangen ist, tritt aus den Kommentaren eine Meinungsverschiedenheit nicht hervor. Nur darüber weicht **Puchelt's** Ansicht von der durch **Fuchs** und Gen. vertheidigten ab: ob es auch ausreicht, wenn der Antrag bei irgend einer anderen Behörde — im Gegensatze zu den im Abs. 1 bezeichneten — rechtzeitig angebracht ist.

Ob diese Frage zu bejahen oder zu verneinen sei, hängt folgerecht von der Entscheidung des unter III besprochenen Streites ab. Wird also der dort vertheidigten Ansicht, daß unter den „anderen Behörden" des Abs. 2 nur Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes zu verstehen seien, beigetreten, so wird auch mit **Oppenhoff** anzunehmen sein, daß die Anbringung des Antrags bei einer anderen Behörde selbst dann zur Wahrung der Frist nicht genüge, wenn diese Behörde nach dienstlicher Instruktion zur Weiterbeförderung des Antrags an eine andere Behörde verpflichtet war, daß vielmehr in einem solchen Falle die Zeit des Eingangs des Antrags bei einem Gericht, einer Staatsanwaltschaft oder einer Behörde des Polizei- oder Sicherheitsdienstes entscheidet. Der rechtzeitige Eingang bei diesen wird aber für ausreichend zu erachten sein, da es von gleichem Erfolge sein muß, ob der Antragssteller selbst den Erfordernissen des Abs. 2 genügt, oder ob dies in seiner Vertretung und seiner Absicht entsprechend von einer Behörde, gleichviel welcher, geschieht.

Ob die Frist in einem solchen Falle auch dann — wie **Oppenhoff** a. a. O. S. 156. 15 annimmt — für gewahrt zu erachten sei, wenn die letztgedachte Behörde den bei ihr eingegangenen Antrag nicht an eine Behörde des Polizei- oder Sicherheitsdienstes, sondern an einen Beamten derselben abgegeben hat, muß für zweifelhaft gelten; doch dürfte die Frage zu verneinen sein, da der den wichtigeren Fall behandelnde Abs. 2 nur von „Behörden" spricht, während der Abs. 1 auch der einzelnen Beamten gedenkt, dies erwogen es aber gegen die Grundsätze der Gesetzauslegung zu verstoßen scheint, die Bestimmung des Abs. 2 auch auf Beamte auszudehnen — wenngleich allerdings ein ausreichender Grund für diese Verschiedenheit nicht erkennbar ist.

Zu § 97 StPO.

I. Ist unter dem Ausdruck „Beschuldigter“ auch der bloß Verdächtige zu verstehen?
II. Bedeutung der Worte „Schriftliche Mittheilungen“.
III. Findet der § auch Anwendung, wenn die schriftlichen Mittheilungen nicht zwischen dem Beschuldigten selbst und den in den §§ 51. 52 StPO. bezeichneten Personen, sondern zwischen diesen unter einander stattgefunden haben?
IV. Bedeutung der Worte: „in den Händen“.

Der § 97 StPO. hat in mehrfacher Beziehung Meinungsverschiedenheit hervorgerufen. Es ist

I. streitig, ob der in demselben gebrauchte Ausdruck „Beschuldigter“ auch auf Personen Anwendung finde, welche einer Strafthat nur verdächtig sind. Die Mehrzahl der Kommentatoren bejaht die Frage.

Dalcke sagt S. 72. 2:

„Unter dem Beschuldigten ist hier auch der Verdächtige zu verstehen.“

Keller S. 81. 1, **von Schwarze** S. 227. 1, **Löwe** S. 382. 3 und **Thilo** S. 93. 2: der Ausdruck Beschuldigter sei im weitesten Sinne zu verstehen. Die beiden Letzteren fügen hinzu: nach der Absicht des Gesetzes sei auch der der That Verdächtige mit inbegriffen, ohne Rücksicht darauf, ob er bereits vernommen sei oder nicht. Dahin äußert sich auch **von Bomhard** S. 66.

Voitus S. 143. 2. „Es herrschte in der Justizkomm. Einverständniß darüber, daß der Ausdruck (Beschuldigter) hier im weitesten Sinne zu verstehen sei, also auch auf den bloß Verdächtigen Anwendung finde.“

Allerseits ist auf die betreffenden Prot. der Justizkomm. Bezug genommen.

von Holtzendorff äußert sich über die vorliegende Frage bei Anführung des Inhalts des § 97 nicht speziell (S. 316. 2a), da er jedoch unmittelbar vorangehend vom „Verdächtigen" spricht, ohne eines Unterschiedes zwischen der Bedeutung beider Ausdrücke zu erwähnen, darf angenommen werden, daß er sie hier als gleichbedeutend gebraucht hat.

Entgegengesetzter Ansicht ist **Puchelt.** Er bemerkt S. 207. 4:

> „Dem Beschuldigten. Als solcher erscheint hier derjenige, gegen welchen wegen eines bestimmten Delikts eine Unsuchungshandlung beginnt (Einl. S. 20—23). Die Aeußerungen bei den Debatten, daß der § 97 sich auf den Verdächtigen beziehe (Prot. S. 92. 838) haben nach den späteren Vorgängen (Prot. S. 1121; Stenogr. Ber. des Reichstags 1876 S. 454; Erklär. des Berichterstatters Dr. **von Schwarze**) keine Bedeutung mehr. Dies übersehen **Keller** S. 81 Nr. 1; **Voitus** S. 143 Nr. 1. 2; **Thilo** S. 93 Nr. 2; **Dalcke** S. 72 Nr. 2; **v. Schwarze** S. 227 Nr. 1; **Löwe** S. 382 Nr. 3. Selbstverständlich gehört hierher auch der Angeschuldigte und der Angeklagte im Sinne des § 155. — Ehe nicht mindestens ein Beschuldigter vorhanden ist, tritt die Befreiung aus § 97 nicht ein."

Die Ansicht von **Dalcke** und Gen. erscheint jedoch als die richtigere.

Ob **Puchelt's** Definition des Begriffs „Beschuldigter": „als solcher erscheine derjenige, gegen welchen wegen eines bestimmten Delikts eine Untersuchungs*handlung beginne*", für völlig bezeichnend gelten könne, und ferner, ob event. die Unbestimmtheit derselben durch seine Bemerkung S. 22a seiner Einl.: „der Beschuldigte sei mehr als der bloß Verdächtige und weniger als der Angeschuldigte" behoben werde, kann dahingestellt bleiben, da das für seine abweichende Ansicht allein geltend gemachte Argument: daß die in anderen Kommentaren in Bezug genommenen, bei den den § 97 StPO. (§ 88 des Entw.) betreffenden Debatten in der Justizkomm. gethanen Aeußerungen nach „den späteren Vorgängen" keine Bedeutung mehr hätten — in den von ihm in Bezug genommenen Stellen der Prot. der Justizkomm. und der Er-

klärung des Berichterstatters Dr. **von Schwarze** S. 454 der Stenogr. Ber. seine Rechtfertigung nicht findet. Die Sachlage ist folgende:

Bei der Berathung des — wörtlich mit dem § 97 StPO. übereinstimmenden — § 88 des Entw. wurde in erster Lesung von dem Kommissarius der Regierungen Dir. **von Amsberg** auf eine hierauf bezügliche Frage bemerkt: daß unter „Beschuldigter" hier auch der „Verdächtige" zu verstehen sei. Darauf wurde der § ohne weitere Erklärungen angenommen. S. 92 der Prot.

Bei zweiter Lesung wurde vom Abg. **Herz** und Gen. beantragt, statt der Worte: „dem Beschuldigten" zu setzen: „den der That Verdächtigen", weil die in dem § vorgesehene Rücksichtsnahme allgemein dem der That Verdächtigen gegenüber Platz greifen müsse, dadurch auch Uebereinstimmung mit anderen Bestimmungen der StPO. z. B. mit § 93 des Entw. (§ 102 StPO.), wo gleichfalls von dem „der That Verdächtigen" die Rede sei, erzielt werde. Nachdem darauf der Geh. O.R.-Rath **Hanauer** es als bedenklich bezeichnet hatte, den Begriff „Beschuldigter" bei einem einzelnen § zu definiren, äußerte der Abg. **Becker**: Sachlich würde wohl allgemeines Einverständniß darüber herrschen, daß hier das Wort: „Beschuldigter" im weitesten Sinne zu nehmen sei. Seiner hiermit verbundenen Bitte, den vorerwähnten Antrag **Herz** und Gen. der Red.-Komm. zur Berücksichtigung zu überweisen, wurde von der Justizkomm. stattgegeben. Prot. S. 837. 838.

Hieraus geht hervor, erstens, daß rc. **Hanauer** nicht der vorerwähnten von rc. **von Amsberg** befürworteten Definition des Ausdrucks „Beschuldigter" hat entgegentreten wollen, vielmehr nur ein redaktionelles Bedenken geltend gemacht hat, und ferner, daß die Justizkomm. ihre Zustimmung zu der Ausdehnung jenes Ausdrucks auf bloß „Verdächtige" auch hier an den Tag gelegt hat. Dies bezweifelt **Puchelt** auch nicht; er beruft sich aber zum Erweise, daß jene Aeußerungen durch spätere Vorgänge ihre Bedeutung verloren hätten, auf

a. das Prot. der Justizkomm. vom 1. Juli 1876 S. 1121.

In dieser Verhandlung erstattet der Abg. **Becker** als Mitglied der Red.-Komm. Bericht über die Beschlüsse dieser Komm. und die ihnen zum Grunde liegenden Motive. Er führt aus (S. 1120), daß der Ausdruck „Beschuldigter" bei einigen §§ im engeren, bei anderen im

weiteren Sinne aufzufassen sei. Zu letzteren zählt er neben anderen auch den hier in Rede stehenden § 88 des Entw. (99 StPO.). Er bemerkt dabei, daß die Komm. diese Erweiterung durch die auch an anderen Stellen des Entw. gewählte Fassung: „der einer strafbaren Handlung Verdächtige" habe zum Ausdruck bringen wollen, gegen diesen Versuch aber von den Vertretern der Regierungen, als bedenklich, Widerspruch erhoben worden sei. Unter diesen Umständen, und bei der Kürze der Zeit habe die Red.-Komm. von der Definirung des Begriffs „Beschuldigter" abgesehen.

Beim Mangel jeder Andeutung, worin die Regierungsvertreter die von **Becker** erwähnten Bedenken gefunden haben und worauf ihr Widerspruch gegründet worden sei, kann nicht angenommen werden, daß dieselben die oben erwähnte von **von Amsberg** mit präcisen Worten abgegebene Erklärung: unter dem „Beschuldigten" sei im § 88 des Entw. auch der Verdächtige zu begreifen, haben zurücknehmen wollen, vielmehr ist davon auszugehen, daß sie es auch der Red.-Komm. gegenüber für redaktionell bedenklich erklärt haben, den Ausdruck „Beschuldigter" in einigen §§ zu umschreiben, in anderen es bei demselben bewenden zu lassen.

Aus diesem Prot. wird sich daher für die Ansicht **Puchelt's** nichts herleiten lassen. Dasselbe gilt aber auch

b. von der von demselben in Bezug genommenen Stelle der Stenogr. Ber. des Reichstags S. 454 Sitz. vom 29. Novbr. 1876. Zunächst betrifft das auf dieser Seite Gesagte den § 88 des Entw. (§ 97 StPO.) überhaupt nicht, sondern ausschließlich die von der Beschlagnahme von Briefen u. s. w. auf der Post und von Telegrammen handelnden §§ 90. 91 des Entw. (99. 100 StPO.). Jener § 88 war bereits S. 447 Spalte 1 ohne Debatte und Widerspruch genehmigt. Schon aus diesem Grunde würde es bedenklich sein, Aeußerungen, welche sich auf die beiden letzterwähnten, ungleich inhaltsschwereren §§ 90. 91 beziehen, bei der Auslegung des § 88 des Entw. nutzbar zu machen. Es enthält aber auch die ganze Seite 454, einschließlich der Auslassungen des Berichterstatters Dr. **von Schwarze**, auf welche **Puchelt** hinweist, nichts, was einen Anhalt zur Auslegung des Wortes „Beschuldigter" im Sinne der StPO. überhaupt, geschweige denn im Betreff des § 97 derselben darbieten könnte. In der ersten Spalte hebt

der Abg. **Windhorst** — ohne in Bezug hierauf einen Beschluß zu beantragen oder zu veranlassen — die Unbestimmtheit des Begriffs „Beschuldigter" mit dem Bemerken hervor: es sei ungemein leicht, Jedermann ohne Weiteres als einen Beschuldigten hinzustellen; sage der Staatsanwalt: X ist im Verdacht, diese oder jene Konspiration zu machen, und verlange darauf hin die Beschlagnahme von Briefen, so werde der Mann dadurch schon ein Beschuldigter. — Auf der 2. Spalte sagt der Berichterstatter **von Schwarze** — soweit es sich um den Begriff „Beschuldigter" handelt — nur:

> „Das Wort „Beschuldigte" kommt im Entw. öfters vor. Es ist für uns der generelle Begriff gewesen für denjenigen, gegen welchen überhaupt eine Anschuldigung erhoben ist. Keinesweges haben wir — und ich will das Mißverständniß durchaus nicht aufkommen lassen — denjenigen gemeint, gegen welchen die öffentliche Klage erhoben ist. In dieser Beziehung verweise ich auf die ausdrücklichen Begriffsbestimmungen, die wir im § 136 (155 StPO.) Ihnen vorgeschlagen haben. Andererseits verstehen wir keinesweges unter diesem Worte irgend Jemand Beliebigen aus dem Volke, in Bezug auf den der Staatsanwalt oder eine andere Behörde die Beschlagnahme eines Briefes für angezeigt erachtet. Es versteht sich von selbst, daß wenigstens irgend ein beachtliches Indizium gegen den Mann vorhanden sein muß, daß er sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe, und daß die Beschlagnahme des Briefes in unmittelbarer nächster Beziehung zu dieser Beschuldigung steht. Wo dieser Kausalnexus nicht vorhanden ist, da ist auch die Beschlagnahme nicht zulässig. Es ist nicht der Sinn, daß jedweder Beschuldigte gewissermaßen der Beschlagnahme aller seiner Korrespondenz ausgesetzt sei, deshalb, weil er irgend einer strafbaren Handlung beschuldigt sei."

Wie aus diesem Inhalte der Seite 454 hergeleitet werden könnte, die oben angeführten übereinstimmenden Erklärungen der Justizkomm. und des Vertreters der Regierungen: der Ausdruck Beschuldigter umfasse auch den Verdächtigen, „verlören ihre Bedeutung" — wie **Puchelt** sagt — ist ohne näheren Nachweis nicht erkennbar. Der alleinige von ihm aus der Entstehungsgeschichte des § 97 hergenommene Grund wird

daher für zutreffend nicht gelten können. Beim Ausscheiden desselben wird aber — selbst wenn der erwähnten Erklärung des ꝛc. **von Amsberg** kein Gewicht beigelegt wird — Mangels einer den Ausdruck „Beschuldigter" betreffenden, den bloß Verdächtigen ausschließenden Legal-Definition, wie sie der § 155 StPO. bezüglich der Begriffe „Angeklagter", „Angeschuldigter" enthält, die von **Dalcke** und Gen. empfohlene Auslegung jenes Ausdrucks bezüglich des § 97 als berechtigt anzuerkennen sein.

Es spricht für dieselbe die ratio legis, welche mit der der Vorschriften der §§ 51. 52 StPO. zusammenfällt, in Verbindung mit der Bestimmung des § 98. Nach letzterem sind zu der Beschlagnahme auch „diejenigen Polizei- und Sicherheitsbeamten berechtigt, welche als Hülfsbeamte der Staatsanwaltschaft den Anordnungen derselben Folge zu leisten haben" (nicht bloß: die dazu von der Staatsanwaltschaft speziell beauftragt sind). Nun erfolgen aber solche ohne besonderen Auftrag vorgenommene Beschlagnahmen vorzugsweise in Fällen, wo eine durch einen amtlichen Akt kundgegebene „Beschuldigung" noch nicht vorliegt, die Organe der Staatsanwaltschaft vielmehr aus eigenen Wahrnehmungen, oder auf bestimmte Thatsachen gestützte Anzeigen zuverlässiger Personen, bei Gefahr im Verzuge Veranlassung nehmen, behufs Vermeidung einer Verdunkelung des Sachverhältnisses Beschlagnahmen von Gegenständen vorzunehmen, welche in objektiver oder subjektiver Beziehung für den Strafrichter von Interesse sein können. Dies erwogen, würde die von **Puchelt** vertheidigte Ansicht zur Folge haben, daß die Wohlthat des § 97 zwar Demjenigen zu Statten käme, gegen welchen bereits solche Thatsachen vorlägen, aus denen Seitens der zuständigen Behörde Anlaß zum „Beginn einer Untersuchungshandlung wegen eines bestimmten Delikts" hergenommen worden, daß dagegen in Fällen, wo die Organe der Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme gegen einen bloß „Verdächtigen" auszuführen sich veranlaßt sehen, derselbe, bzhw. die mit ihm in den von den §§ 51. 52 bezeichneten Verhältnissen stehenden Personen, sich nicht auf diese Verhältnisse behufs Abwendung der Beschlagnahme der „schriftlichen Mittheilungen" zu Gunsten des bloß Verdächtigen berufen dürften, weil der § 97 nur von „Beschuldigten" nicht auch von „Verdächtigen" spreche. Daß dies der Absicht des Gesetzes entspreche, ist wohl nicht anzunehmen. —

II. Eine fernere Meinungsverschiedenheit betrifft die Frage: was unter den Worten „schriftliche Mittheilungen“ zu verstehen sei.

Dalcke S. 71, und mit ihm übereinstimmend Keller S. 81. 3, weisen auf die Mot. hin, wo die schriftlichen Mittheilungen als „Korrespondenz“ bezeichnet werden.

Dochow sagt S. 133: auf andere Schriftstücke als schriftliche Mittheilungen beziehe sich die Ausnahme des § 97 nicht.

von Holtzendorff S. 316: daß solche schriftliche Mittheilungen die Form von Briefen hätten, sei nicht nothwendig; auch ein vom Beschuldigten geführtes, einer dritten Person zur Kenntnißnahme mitgetheiltes Tagebuch werde hierher gehören.

Löwe bemerkt S. 382. 2:

> „Die Bestimmung schließt die Beschlagnahme nur bei solchen Schriftstücken aus, welche eine Mittheilung des Beschuldigten an eine zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Person, oder umgekehrt eine von dieser dem Beschuldigten gemachte Mittheilung enthalten. Sonstige Schriftstücke, welche die eine Person der anderen übersandt hat, sind ebensowenig wie andere Gegenstände der Beschlagnahme entzogen.“

Thilo S. 93. 94 bezeichnet als die „gegen die Beschlagnahme geschützte Korrespondenz“ die sämmtlichen schriftlichen Mittheilungen, welche der Beschuldigte an die im § 97 bezeichneten Personen gerichtet oder von ihnen erhalten hat.

von Schwarze S. 227. 3 u. 4 hebt hervor „daß der § von schriftlichen Mittheilungen zwischen dem Beschuldigten u. s. w. spreche, mithin nicht auf Urkunden passe, welche der Beschuldigte bei einem Rechtsanwalt deponire, und fügt hinzu, daß die Bestimmung bei ihrer Allgemeinheit die sämmtlichen schriftlichen Mittheilungen zwischen dem Beschuldigten u. s. w. umfasse, andererseits sich aber nicht auf andere Sendungen beziehe. —

Puchelt faßt dagegen S. 207. 3 den Ausdruck „schriftliche Mittheilungen“, im weiteren Sinne auf. Er schickt zwar voraus, daß gegenüber der allgemeinen Editionspflicht des § 95 der § 97 als Ausnahme streng interpretirt werden müsse, so daß Einziehungsstücke und Beweismittel anderer Art, als schriftliche Mittheilungen, nicht darunter fielen, fährt aber dann fort:

„Schriftliche Mittheilungen umfassen nicht bloß Briefe, von denen der Entwurf I spricht, oder die Korrespondenz, wie die Mot. sagen, sondern alle Urkunden des schriftlichen Verkehrs zwischen dem Beschuldigten und den in §§ 51. 52 genannten Personen, z. B. die schriftliche Instruktion des Beschuldigten an seinen Vertheidiger und das Konzept des vom Vertheidiger für den Beschuldigten angefertigten Gutachtens; ferner die von den Angehörigen u. s. w. an den Beschuldigten geschriebenen Briefe, welche dem Schreiber zum Aufheben gegeben sind; ebenso das eigenhändige Testament, welches der Beschuldigte seinem Rechtsanwalte anvertraut hat; weiter die im Besitze des Arztes befindlichen Rezepte für den Beschuldigten."

Der von den vor ihm genannten Kommentatoren befürworteten engeren Auffassung der Worte „schriftliche Mittheilungen" dürfte jedoch der Vorzug gebühren.

Mit Rücksicht auf die — von **Puchelt** anerkannte — exceptionelle Natur der Vorschrift erscheint es geboten, den Sinn jener Worte nicht über die Bedeutung, welche ihnen der Sprachgebrauch beilegt, hinaus auszudehnen. Hiervon ausgegangen werden darunter aber nur solche Schriften zu verstehen sein, welche der Autor zu dem Zwecke anfertigt, denjenigen, für welchen sie bestimmt sind, von Thatsächlichem in Kenntniß zu setzen, oder sich mit Kundgebungen und Aeußerungen anderer Art an ihn zu wenden. Die Form eines Briefes wird dabei — wenngleich die gewöhnliche — doch nicht unbedingt erforderlich sein; es wird vielmehr, jenen Zweck ins Auge gefaßt, mit **Löwe** auch das Tagebuch eines in Haft befindlichen Angeklagten, sofern sein Inhalt in Abschnitten oder Bruchstücken zu dem vorgedachten Zwecke bestimmt ist, im Sinne des Gesetzes unter den Begriff „schriftliche Mittheilungen" zu bringen sein.

Haben dagegen die Schriften weder die Natur einer Korrespondenz im gewöhnlichen Sinne oder eines Zubehörs einer solchen, noch auch bei ihrer Beförderung an den Adressaten den Zweck, die Stelle einer solchen Korrespondenz zu vertreten, sollen sie vielmehr zu einem anderen Zwecke dienen, so fällt ihre Zustellung an Jemand sprachlich nicht unter den Begriff „schriftliche Mittheilung", vielmehr wird auf sie die Bezeichnung „mitgetheilte Schriften"

Anwendung finden. Sendet der Beschuldigte einem seiner Angehörigen eine Abhandlung, um sie zum Druck zu befördern, einen Vertrag, oder, wie **Puchelt** beispielsweise anführt, dem Vertheidiger sein eigenhändiges Testament, so läßt sich, ohne mit dem Sprachgebrauche in Widerspruch zu treten, nicht sagen: er habe denselben eine schriftliche Mittheilung gemacht. (Bei seinem ferneren Beispiel: „die im Besitze des Arztes befindlichen Rezepte für den Beschuldigten", scheint der Begriff der Mittheilung überhaupt, also auch der der schriftlichen Mittheilungen auszuscheiden). Gründe, weshalb **Puchelt** die in den Mot. S. 63 enthaltene Umschreibung der Worte des Gesetzes durch: „die Korrespondenz des Beschuldigten mit den von der Zeugnißpflicht befreiten Personen" für zu eng hält, hat er nicht angeführt. **Dalcke** S. 71 Note 1, **Keller** S. 81 Note 3 und **Löwe** S. 383 Nr. 5 haben denselben Ausdruck gewählt, der auch in der That für bezeichnend zu erachten sein dürfte.

Ein Bedenken hiergegen wird auch nicht daraus herzuleiten sein, daß der im ersten Entwurf (vom Januar 1873, § 86) — in Uebereinstimmung mit dem bei der Bearbeitung des Entwurfs als Vorbild benutzten § 134 der Württembergischen StPO. (Mot. S. 63) — enthaltene, einen engeren Begriff darstellende Ausdruck „Briefe" in den späteren Entwürfen durch die Worte „schriftliche Mittheilungen" ersetzt worden ist. Denn die Veranlassung zu dieser Aenderung ist naheliegend darin zu suchen, daß durch das Wort „Briefe" in Betracht, daß „schriftliche Mittheilungen" vielfach in anderer Weise als durch Briefe, z. B. durch Telegramme bewirkt werden, dem Zwecke des Gesetzes nicht entsprochen haben würde.

Bei der Berathung der unverändert aus dem § 88 des Entwurfs in die StPO. übergegangenen Vorschrift des § 97 in der Justizkomm. (die betreffenden Seiten der Prot. sind oben angegeben) ist die Frage, was unter den „schriftlichen Mittheilungen" zu verstehen sei, nicht zur Sprache gekommen. Nur bei Gelegenheit der Besprechung des vorangehenden, auf die Verpflichtung der Behörden und öffentlichen Beamten zur Vorlegung und Auslieferung von Akten u. s. w. betreffenden § 87 des Entw. äußerte der Abg. **Reichensberger** in Veranlassung der bei der Debatte zur Sprache gekommenen Frage: ob Schriftstücke, insbesondere Testamente, welche von einer Privatperson behufs der Geheimhaltung nie-

dergelegt seien, beschlagnahmt werden könnten: „Er erachte die Testamente, welche bei Notaren hintergelegt seien, durch den (hier in Rede stehenden) § 88 des Entw. für geschützt.“ (Prot. S. 92.) **Voitus** weist hierauf S. 143 Abs. 1 durch die Bemerkung hin, daß „nach einer in der Justizkomm. aufgestellten, ohne Widerspruch gebliebenen Ansicht der § auch die bei Notaren niedergelegten Testamente schütze.“ Jener beiläufigen bei der Besprechung einer anderen, in Bezug auf Gegenstand und Fassung wesentlich verschiedenen Vorschrift gethanen Aeußerung, welche in der Justizkomm. unerwidert geblieben, auch bei der Berathung des § 97 StPO. (§ 88 Entw.) nicht wiederholt worden ist, kann aber ein Einfluß auf die Auslegung dieses letzteren § dahin, daß unter den „schriftlichen Mittheilungen“ auch Testamente zu verstehen seien, um so weniger eingeräumt werden, als sie jeder Motivirung entbehrt.

Der von **Puchelt** befürworteten Ausdehnung des Begriffs „schriftliche Mittheilungen“ auf „alle Urkunden des schriftlichen Verkehrs zwischen dem Beschuldigten und den in den §§ 51. 52 genannten Personen“ steht aber auch wohl entgegen, daß, wenn das Gesetz für den Schutz gegen die Beschlagnahme in dem § so weite Grenzen hätte ziehen wollen, es an einem ausreichenden Grunde gefehlt haben würde, die Vorschrift auf *schriftliche* Mittheilungen zu beschränken. Denn, sollte der Beschuldigte dagegen geschützt werden, daß Urkunden ihn kompromittirenden Inhalts, welche er seinen Vertrauenspersonen mittheilte, bei diesen in Beschlag genommen werden könnten, so hätte die Bestimmung auch auf von ihm verfaßte oder zur Verbreitung bestimmte, seinen Angehörigen u. s. w. mitgetheilte *Druckschriften* strafbaren Inhalts ausgedehnt werden müssen, da deren Beschlagnahme den Angeschuldigten in gleichem Maße, wie die von „Urkunden des *schriftlichen* Verkehrs“ gefährdet.

III. Eine dritte Kontroverse besteht bezüglich der Frage: ob der § auch in dem Falle Anwendung finde, wenn die schriftlichen Mittheilungen nicht zwischen dem Beschuldigten einer- und den Vertrauenspersonen und Angehörigen desselben andererseits, sondern zwischen diesen *unter sich* stattgefunden haben.

Thilo, der dies annimmt, führt S. 94 Abs. 1 aus:

„Ferner sind nicht nur diejenigen schriftlichen Mittheilungen, welche der Beschuldigte an eine der vorstehend bezeichneten Per-

sonen oder umgekehrt gemacht hat, unter den angegebenen Voraussetzungen von der Beschlagnahme ausgenommen, wie man aus dem strikten Wortlaute der gesetzlichen Bestimmung folgern könnte, sondern es sind auch diejenigen Mittheilungen, welche zwischen den Vertrauenspersonen, oder zwischen den Verwandten, oder zwischen Verwandten und Vertrauenspersonen des Beschuldigten ausgetauscht worden sind, und welche für die Ueberführung des letzteren von Werth sind, von der Beschlagnahme ausgeschlossen. Es entspricht diese Auslegung der von dem Gesetz beabsichtigten Gleichstellung der Exemtion vom Zeugnißzwang mit der von der Beschlagnahme (vergl. § 52 Note 3 u. 4) und der hier ausdrücklich zum Vorbild genommenen Württembergischen StPO."

In den vorstehend in Bezug genommenen Noten zum § 52 bemerkt **Thilo**: der Vertheidiger dürfe nicht bloß das Zeugniß verweigern in Betreff dessen, was ihm von dem Beschuldigten, sondern auch was ihm als Vertheidiger von einem Anderen anvertraut sei. Ferner: Die Konsequenz der Bestimmungen des § 52 sei die, daß den darin genannten Personen auch die auf die Untersuchung bezügliche Korrespondenz als Beweismaterial gegen den Angeschuldigten nicht abgefordert werden dürfe, auch eine Beschlagnahme in der Regel nicht zulässig sei. § 97.

Im Gegensatze zu dieser Ansicht sprechen **Dochow** S. 133 Abs. 2 und **von Holtzendorff** S. 316. 2a nur von den Mittheilungen zwischen dem Beschuldigten und den Vertrauenspersonen. **Löwe** erklärt S. 382. 3 ausdrücklich: „Die schriftliche Mittheilung muß zwischen dem Beschuldigten und einer nach § 51 oder 52 zur Zeugnißverweigerung berechtigten Person erfolgt sein." Und damit übereinstimmend sagt **Puchelt** (S. 207 unten) unter Hinweisung auf **Thilo's** abweichende Meinung: „Der Verkehr der Vertrauenspersonen unter einander ist nicht geschützt."

Diese letztere Ansicht scheint die richtigere zu sein.

Daß die Worte des Gesetzes: „Schriftliche Mittheilungen zwischen dem Beschuldigten und denjenigen Personen" u. s. w. unzweideutig ausdrücken, daß die Mittheilungen zwischen dem Beschuldigten einer- und den Vertrauenspersonen andererseits stattgefunden haben

müssen, ist nicht zu verkennen. Dies stellt **Thilo** auch nicht in Abrede; er spricht selbst vom „strikten Wortlaut". Allein er meint, seine Auslegung entspreche der „vom Gesetz beabsichtigten Gleichstellung der Exemtion vom Zeugnißzwang mit der von der Beschlagnahme." Unter der „Gleichstellung" wird hier zu verstehen sein, daß das Gesetz dem Beschuldigten dasselbe Benefizium, welches es ihm durch die Befugniß der in den §§ 51. 52 bezeichneten Personen zur Zeugnißverweigerung gewährt habe, auch hinsichtlich der Beschlagnahme habe wollen zu Theil werden lassen.

Zunächst ist aber aus dem Gesetze selbst die Absicht einer solchen Gleichstellung nicht herzuleiten. Hätte dasselbe sie bezweckt, so konnte es das Verbot der Beschlagnahme nicht auf „schriftliche Mittheilungen" beschränken, es mußte vielmehr so, wie es das Zeugniß der in den §§ 51. 52 bezeichneten Personen bezüglich alles dessen, was sie in Bezug auf die Beschuldigung etwa wissen könnten, wegfallen läßt, auch die Beschlagnahme sämmtlicher jenen Personen vom Beschuldigten mitgetheilten Gegenstände, insbesondere bei Preß-Delikten die von demselben ihnen zur Verwahrung gegebenen Druckschriften für unstatthaft erklären.

Auch die Mot. zu dem Entw. der StPO. lassen die Absicht einer über den Wortsinn hinausgehenden Auslegung der Worte „schriftliche Mittheilungen" nicht erkennen. Nach Voranschickung der allgemeinen Bemerkung, daß die Einschränkungen des Rechts zur Beschlagnahme „sich sachlich den Bestimmungen über die Befreiung vom Zeugnißzwange anschließen, und daß das Vertrauensverhältniß zwischen dem Beschuldigten und den von der Zeugnißpflicht befreiten Personen bei der Bestimmung, daß dieselben nicht bloß von der Verpflichtung zur Herausgabe befreit seien, sondern die Beschlagnahme der Korrespondenz schlechthin untersagt sei, als entscheidend angenommen worden sei, und nach Mittheilung der betreffenden „hauptsächlich als Vorbild" benutzten Vorschrift des § 134 Abs. 2 der Württembergischen StPO. heißt es dort S. 63 — durchaus im Einklange mit dem Inhalte des § 97 — weiter:

„Die sonach gegen die Beschlagnahme geschützte Korrespondenz umfaßt die sämmtlichen schriftlichen Mittheilungen,

welche der Beschuldigte an jene Personen gerichtet und von ihnen erhalten hat."

Auch aus der erwähnten Vorschrift der Württembergischen StPO. dahin lautend:

„Auf Briefe, welche der Beschuldigte oder ein zum Zeugniß nicht verpflichteter Angehöriger desselben an den Vertheidiger oder Beichtvater, und auf solche Briefe, welche der Beschuldigte, dessen Vertheidiger oder Beichtvater an einen zum Zeugniß nicht verpflichteten Angehörigen des Beschuldigten gerichtet hat, darf sich die Durchsicht und Beschlagnahme nicht erstrecken, vorausgesetzt, daß sich die Briefe noch in den Händen der Personen befinden, an die sie gerichtet waren,"

läßt sich Thilo's Ansicht nicht rechtfertigen. Denn abgesehen davon, daß jene Vorschrift insofern hinter dem § 97 StPO. zurückbleibt, als sie sich auf Briefe beschränkt und auf den Arzt und den Rechtsanwalt überhaupt nicht bezieht, so nimmt sie auch nicht die von einem Angehörigen an den anderen, sondern nur die von einen solchen an den Vertheidiger oder Beichtvater gerichteten Briefe, und umgekehrt, von der Beschlagnahme aus, erweitert daher den Schutz des Beschuldigten nur in einer einzelnen speziellen Beziehung über die ihm von den § 97 StPO. in bestimmter Weise gesteckten Grenzen hinaus.

In der Justizkomm. ist die hier besprochene Frage bei den Berathungen (Prot. S. 92. 837. 838. 1121) unberührt geblieben.

Läßt sich hiernach so wenig aus dem Inhalte des § 97, als aus der Geschichte seiner Entstehung der Nachweis führen, daß auch die Korrespondenz zwischen den in den §§ 51. 52 genannten Personen unter sich der Beschlagnahme nicht habe unterliegen sollen, so bedarf es in diesem Falle der Prüfung nicht, ob die dem Richter gewährte Ueberzeugung, daß eine solche Absicht in der That bei der Sanktionirung der Vorschrift vorgewaltet habe, eine mit dem unzweideutigen Wortsinne des § nicht vereinbare Auslegung desselben würde rechtfertigen können.

Weniger scharf tritt die Meinungsverschiedenheit

IV. in Bezug auf die Bedeutung der Worte „falls sie sich in den Händen — befinden" hervor.

Löwe bemerkt Note 4 S. 342:

„Die schriftlichen Mittheilungen sind der Beschlagnahme nur so lange entzogen, als sie sich in den Händen der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Person befinden; doch wird im Falle des Todes der letzteren die Befreiung auch auf den Nachlaß zu erstrecken sein."

Voitus sagt S. 142. 1:

Nach den Motiven der StPO. ist für diese Vorschrift das Vertrauensverhältniß zwischen dem Beschuldigten und den in den §§ 51. 52 aufgeführten Personen geltend gemacht worden. Hiervon ausgegangen, wird dieselbe auch anzuwenden sein, wenn sich die Papiere nicht mehr in den „Händen" des Betreffenden, z. B. des Geistlichen, sondern in seinem Nachlaß, oder im Gewahrsam seines Amtsnachfolgers befinden."

Puchelt führt dagegen aus S. 208:

„In den Händen. Dieser Ausdruck ist von den in §§ 94. 95 gebrauchten Worten „im Gewahrsam" wesentlich verschieden (vergl. Anm. 8 zu § 94) und zeigt, daß die faktische Inhabung gefordert wird. Sonach ist es ungenau, wenn die obigen Motive vom Gewahrsam sprechen. (**Voitus** S. 142 Nr. 1, **Keller** S. 81 Nr. 3, **Dalcke** Nr. 1 zu § 97 und **Thilo** Nr. 3 zu § 97 reproduciren einfach die Motive.) Hat z. B. ein Angehöriger u. s. w. die Schriftstücke bei einem Anderen deponirt, welcher nicht zu den in §§ 51. 52 bezeichneten Personen gehört, oder sind dieselben an die Post abgegeben (§ 99 nebst Anm. 2), so findet die Beschlagnahme statt."

In der vorstehend von ihm in Bezug genommenen Note 8 zu § 94 sagt **Puchelt** S. 202:

„Gewahrsam. Dies Wort findet sich in § 230 als Bezeichnung für eine Art der Personalhaft. Der § 94 Abs. 2 dürfte den Ausdruck „Gewahrsam" aus Civ.PO. §§ 712. 713. 772 entlehnt haben, so daß darunter nicht bloß die faktische, sondern im Gegensatz zu § 97 (Anm. 6 zu § 97) auch die juristische Inhabung einer Sache verstanden werden muß; über das Vorhandensein solcher Inhabung entscheidet das bürgerliche Landesrecht."

Worin **Puchelt** den „wesentlichen" Unterschied zwischen dem in den §§ 94. 95 gebrauchten Ausdruck „Gewahrsam" und dem im § 97 gewählten Worten „in den Händen befindlich", findet, ist nicht völlig deutlich. Er sagt: diese letzteren erfordern „die faktische Inhabung". Indeß die Begriffe „Gewahrsam" und „faktische Inhabung" bilden so wenig nach der allgemeinen juristischen Terminologie, als nach der der StPO. Gegensätze. Wenn die §§ 94. 95 bei Regelung der Beschlagnahme sagen: „Befinden sich die Gegenstände in dem Gewahrsam", „wer einen Gegenstand — in seinem Gewahrsam hat", so verbinden sie damit keinen anderen Sinn, als mit dem Worte „Inhaber" in den Abs. 2 u. 3 des § 110: „wenn der Inhaber der Papiere die Durchsicht genehmigt", „dem Inhaber der Papiere ist — gestattet". Beide Ausdrücke setzen dort voraus, daß die betreffende Person sich in der thatsächlichen Möglichkeit der Verfügung über die Gegenstände, bzhw. Papiere, befinde. Etwas anderes dürfte aber auch der § 97 durch die Worte „falls sie sich in den Händen — befinden" nicht erfordern.

Wenn sich **Puchelt** zum Nachweise, daß der Ausdruck „Gewahrsam" in den Mot. unpassend gebraucht sei, darauf beruft, daß eine Beschlagnahme z u l ä s s i g s e i, wenn die Schriftstücke von den Angehörigen u. s. w. bei einer n i c h t unter die Kategorie der in den §§ 51. 52 bezeichneten Personen deponirt seien, oder sich auf der Post befänden, so ist dieser Satz an sich zwar vollkommen richtig, auch in den Mot. nicht bestritten, zur Führung jenes Nachweises aber nicht geeignet. Denn daraus, daß in Fällen, wo die Vertrauensperson die Schrift w e d e r in ihrem Gewahrsam hat, n o c h sich in der „Inhabung" derselben befindet, die Beschlagnahme z u l ä s s i g ist, läßt sich ein Argument für die Ansicht, daß die Worte des § 97 „sich in den Händen — befinden" zwar auf „faktische Inhabung", nicht aber auf „Gewahrsam" zu beziehen seien, wohl nicht herleiten.

Da sich jedoch **Puchelt** in seiner Parenthese auch gegen die auf die Auslegung jener Worte des § 97 bezügliche, oben angeführte Bemerkung von **Voitus** wendet, kann dies nur den Sinn haben, daß er mit der darin ausgesprochenen Ansicht, die Beschlagnahme sei auch dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn sich die Schriften zwar nicht mehr „in den Händen" der Vertrauensperson, z. B. des Geistlichen, wohl aber in dessen Nachlaß oder im Gewahrsam seines Amtsnachfolgers

befänden, nicht einverstanden sei. Allein, da jene Worte im bildlichen Sinne gebraucht sind, ist es bei ihrer Unbestimmtheit geboten, auf die vom Gesetz mit der Vorschrift des § verbundene, im favor defensionis gegründete Absicht zurückzugehen und, hiervon ausgegangen, wird sich die — auch von **Löwe**, Inhalts seiner oben angeführten Bemerkung getheilte — Ansicht von **Voitus** rechtfertigen. Die entgegengesetzte Meinung würde dahin führen, daß die Beschlagnahme konfidentieller brieflicher Mittheilungen des Beschuldigten an seinen Vertheidiger zwar während des Lebens des letzteren unstatthaft, unmittelbar nach seinem Tode, und bevor die Papiere in die Hände eines neuen Vertheidigers übergegangen, aber zulässig sein würde. Daß dies der Absicht des Gesetzes entsprechen würde, scheint nicht angenommen werden zu dürfen.

Die thatsächliche Unrichtigkeit der Bemerkung **Puchelt's**, „**Voitus** habe einfach die Mot. reproducirt", ergiebt sich aus der oben mitgetheilten Stelle des Kommentars des letzteren von selbst. **Keller**, **Dalcke** und **Thilo** haben die Bedeutung der Worte „sich in den Händen — befinden", nicht speziell besprochen, mithin in Bezug darauf auch nicht die Mot. wiedergegeben, in denen die vorliegende Frage ohnehin unberührt geblieben ist.

I. **Tritt, wenn in Fällen der §§ 242. 246. 263. 303 des Strafgesetzbuchs der Werth des Gestohlenen oder Unterschlagenen, bzhw. die Höhe des Schadens nicht festgestellt werden kann, die Zuständigkeit des Landgerichts oder die des Schöffengerichts ein? §§ 27 Nr. 4 bis 7 und 28 Ger.VG.**

II. **Bedeutung der Worte: Aussetzung der Verhandlung im § 28 Ger.VG.**

Zu I. Die Frage ist kontrovers. Für die Zuständigkeit des Landgerichts haben sich ausgesprochen

Dalcke S. 316 zu Nr. 4. b: „Besondere Schwierigkeiten, sagt er, wird die Feststellung des Werthes unter Umständen machen, wenn es sich bloß um einen Versuch eines Vergehens, z. B. des Diebstahls handelt. Es wird dann darauf ankommen, zu ermitteln, was der Thäter zu stehlen beabsichtigt hat. Ist eine solche Feststellung nicht möglich, so ist die Zuständigkeit des Schöffengerichts zwar ausgeschlossen, indeß immer noch die Ueberweisung auf Grund des § 75 des GVG. statthaft."

Löwe S. 48. 16: „Liegt nur ein Versuch des Vergehens vor, so wird es hinsichtlich des Betrages des Werthes, bzhw. Schadens, darauf ankommen, welche Sache im Falle der Vollendung der That muthmaßlich dem Verletzten entzogen, bzhw. welcher Schade in diesem Falle muthmaßlich eingetreten sein würde; eine genaue Ermittelung erscheint mit Rücksicht auf § 28 nicht erforderlich. In manchen Fällen wird indeß auch eine annähernde Ermittelung des Werthes, bzhw. Schadens, un-

möglich sein, und alsdann greift die Zuständigkeit des Schöffengerichts (aus § 27) nicht Platz, da das Vorhandensein ihrer gesetzlichen Voraussetzung nicht nachgewiesen ist. Vergl. Note 17." — In dieser Note 17 S. 49 heißt es weiter:

„Da bei den Vergehen des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges und der Sachbeschädigung die Zuständigkeit der Rathskammer die Regel, diejenige des Schöffengerichts aber die Ausnahme bildet, so muß, wenn bei dem letzteren Gericht die öffentliche Klage erhoben wird, die Anklageschrift die Behauptung enthalten, daß der Werth, bzhw. der Schade, nicht mehr als 25 Mark betrage."

von Schwarze S. 24 bemerkt nach Voranschickung, daß über die Art der Feststellung des Werthes bestimmte Vorschriften im Gesetz nicht ertheilt seien:

„Läßt sich endlich der Betrag auch nicht annähernd bestimmen, so tritt die Zuständigkeit der Strafkammer ein."

„Der Versuch ist nach dem muthmaßlichen Betrage im Falle der Vollendung zu behandeln; bei voller Ungewißheit tritt die Zuständigkeit der Strafkammer ein."

Thilo Ger.VG. S. 62. 19:

„Beim Versuche eines Vergehens richtet sich der anzunehmende Werthsbetrag nach dem muthmaßlichen Erfolge der That. Läßt sich ein Werthsbetrag auch nicht annähernd ermitteln, so ist die Zuständigkeit des Schöffengerichts, da das Vorhandensein ihrer gesetzlichen Voraussetzung nicht nachweisbar ist, ausgeschlossen." —

Entgegengesetzter Ansicht sind:

Hauck S. 55. Er bespricht unter Nr. 5 die Fälle des Diebstahls, der Unterschlagung und des Betruges, schickt voraus, daß die sofortige Zuständigkeit des Schöffengerichts nur begründet sei, wenn der Werth oder der Schade den Betrag von 25 Mark nicht übersteige, und fährt dann fort:

„Der Versuch eignet sich stets vors Schöffengericht, wenn er nicht so weit gediehen ist, daß schon festgestellt werden kann, daß er auf eine Summe von 25 Mark gerichtet war."

Aehnlich spricht er sich unter Nr. 6 in Bezug auf die Sachbeschädigung aus:

„Der Versuch nach § 303 eignet sich stets vors Schöffengericht, weil ein 25 Mark übersteigender Schaden nicht vorliegt.“ —

Keller, Ger.VG. S. 53. 5: „Beim Versuch richtet sich die Werthschätzung nach dem muthmaßlichen Erfolge. Sollte in keiner Weise festzustellen sein, ob es sich um mehr oder weniger als 25 Mark handeln könne, so ist im Zweifel das Schöffengericht zuständig, weil jedenfalls gewiß ist, daß der Werth unter 25 Mark vorliegt, die zur Begründung der Zuständigkeit des Landgerichts nothwendige höhere Summe aber nicht feststeht.“

Voitus 25. 10 Abs. 2 zu Nr. 4 § 27: „Ist die Sache nicht zu beschaffen, so wird in geeigneten Fällen der Bestohlene den Werth zu schätzen haben, in Zweifelsfällen aber der geringere Werth anzunehmen sein. Letzterer Grundsatz dürfte auch beim Diebstahlsversuch dann Anwendung finden, wenn nicht festzustellen ist, welchen Gegenstand der Angeschuldigte zu entwenden beabsichtigt hat. Das vorstehend Gesagte gilt auch für die folgenden Nummern 5—7.“

Bei den Berathungen der Justizkomm., auf deren Beschlüssen die Vorschriften der §§ 27 Nr. 4—7 und 28 des GVG. beruhen, ist die Frage, welches Gericht in Fällen der Unmöglichkeit einer auch nur ungefähren Feststellung des Werths des gestohlenen oder unterschlagenen Gegenstandes, bzhw. des Betrages des Schadens bei dem Betruge und der Sachbeschädigung, zuständig sei, nicht besprochen worden. (Prot. S. 183—207. 321—324. 595—609. 708—712 zu § 14 des Entw.) In dem Berichte derselben (Deutscher Reichstag. 2. Legisl.Per. IV. Session 1876 Nr. 8) ist S. 33 nur bemerkt: es sei gegen die Aufnahme der hier in Rede stehenden Vorschriften Seitens der Regierungs-Vertretung auch geltend gemacht worden, daß der Werth des Objekts bei den kleinen Eigenthumsvergehen häufig nicht leicht festzustellen sein werde.

In der That ist es auch zweifellos, daß die Feststellung vielfach nicht bloß „nicht leicht“, sondern überhaupt nicht ausführbar sein wird. Vorzugsweise gilt dies allerdings in Bezug auf den Versuch.

(Nur aus diesem Grunde hat wohl die Mehrzahl der oben aufgeführten Kommentatoren bei Besprechung der vorliegenden Frage nur diesen ins Auge gefaßt, während die auf denselben bezüglichen Ausführungen in gleicher Weise auch auf den Fall der Unmöglichkeit der Feststellung des Werths, bzhw. Schadens, bei einem vollendeten Delikt Anwendung finden.) Ist beispielsweise der Beschuldigte unter Umständen, die über seine diebische Absicht keinen Zweifel lassen, in einem Zimmer betroffen worden, in welchem sich verschiedene Gegenstände befanden, und fehlt es an jeder Vermuthung, auf welche derselben sich sein Entwendungsversuch bezog, oder ist der Thatbestand eines Betrugsversuchs der Art, daß sich die Höhe des Schadens, welche Jemand im Falle der Vollendung des Vergehens erlitten haben würde, selbst nicht annähernd schätzen läßt, so fehlt es der Staatsanwaltschaft, bzhw. dem Richter, an jedem Anhalt zur Feststellung des Werths des Objekts.

Aber auch beim vollendeten Delikt wird die Ermittelung des Werths des gestohlenen oder unterschlagenen Gegenstandes, bzhw. der Höhe des Schadens, häufig unmöglich sein. Hat sich der, einer Entwendung von Getreide aus einem Speicher oder von Feldfrüchten Angeklagte des Gestohlenen entäußert oder es konsumirt, fehlt es auch am Beweise, welches Quantum sich in seinem Besitze befunden, so wird sich ein gewissenhafter Damnifikat in vielen Fällen außer Stande erklären müssen, den Betrag des manco überhaupt anzugeben, um wie viel mehr, abzuschätzen, ob dasselbe einen Werth von nur 25 Mark oder mehr gehabt habe. Ebenso wird sich in Fällen der Nr. 7 des § 27 die Differenz zwischen dem Werthe der beschädigten Sache vor der Beschädigung und nach derselben nicht selten kaum mit einiger Zuverlässigkeit feststellen lassen.

Gleichwohl ist die Streitfrage von Erheblichkeit, da, falls das erkennende Gericht bei Entscheidung derselben von unrichtigen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, nach § 377 Nr. 4 StPO. Aufhebung des Urtheils im Wege der Revision eintreten kann.

Wäre **Löwe's** Ansicht, daß „bei den Vergehen des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges und der Sachbeschädigung die Zuständigkeit der Strafkammer die Regel, die des Schöffengerichts aber die Ausnahme bilde", in den Vorschriften des Gesetzes begründet, so müßte die Entscheidung der Kontroverse zu Gunsten der Ansicht von

Dalcke und Gen. für unbedenklich gelten. Allein jener durch nähere Begründung nicht unterstützte Satz läßt sich sowenig aus dem § 27, als aus dem § 73 GVG. herleiten. Wenn der erstere § bestimmt:

„Die Schöffengerichte sind zuständig für das Vergehen des Diebstahls im Falle des § 246 des StGB., wenn der Werth des Gestohlenen 25 Mark nicht übersteigt u. s. w."

und demnächst der § 73 verordnet:

„Die Strafkammern sind als erkennende Gerichte zuständig für die Vergehen, welche nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören",

so liegt hierin ein Mehreres nicht, als daß das Gesetz die Zuständigkeit hinsichtlich der Vergehen des Diebstahls, der Unterschlagung u. s. w. in der Weise zwischen dem Schöffengericht und der Strafkammer getheilt hat, daß bei Objekten von 25 Mark und darunter das erstere, bei höheren Objekten das letztere zur Verhandlung und Aburtheilung des Straffalls kompetent sein soll. Dafür, daß die Zuständigkeit des einen oder des anderen Gerichts in erster Linie eintreten, also insoweit die Regel bilden solle, daß die Zuständigkeit des anderen erst Platz greife, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen seiner Zuständigkeit nachgewiesen seien, fehlt es in beiden §§ an jeder Andeutung. Wird Löwe's erwähnter Satz auf die Worte des § 27 Nr. 4—7: „wenn der Werth", „wenn der Schaden" gegründet, so läßt sich mit mindestens gleichem Rechte aus der negativen Wortfassung des § 73: „welche nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören", deduziren, daß das Gesetz die Kompetenz des Landgerichts als eine eventuelle, die des Schöffengerichts als die zunächst eintretende angesehen habe. Die §§ 1124. bzhw. 1125 des Preußischen Strafrechts (tit. 20 Th. II ALR.) waren in völlig gleicher Weise, wie die hier in Rede stehenden Nrn. 4 bis 7 des § 27 GVG., dahin gefaßt: „Gemeiner Diebstahl ist, wenn der Werth des wirklich Entwendeten 5 Thaler oder weniger beträgt — mit Gefängniß von 8 Tagen bis 4 Wochen zu ahnden. Beläuft sich der Werth oder Betrag — über 5 Thaler u. s. w." Und doch ist weder jemals in der Praxis angenommen worden, daß die Anwendung des § 1125 die Regel bilde, noch würde sich ein solcher, mit dem favor defensionis unvereinbarer Grundsatz rechtfertigen lassen. Ob es sich aber um Strafabmessung, oder um Bestimmung der Zuständig-

keit des einen oder anderen Gerichts handelt, kann bei gleicher Fassung der betreffenden Gesetze keinen Unterschied machen. Nur in dem Falle würde nach den §§ 27 Nr. 4—7 und 73 die Zuständigkeit des Landgerichts die Regel bilden, wenn erfahrungsmäßig Diebstähle und Unterschlagungen an Objekten über 25 Mark überwiegend häufiger vorkämen, als solche an Gegenständen von nur 25 Mrk., für die ersteren mithin eine s. g. praesumtio facti spräche. Dies wird sich aber nicht behaupten lassen.

Die vorstehenden Gründe dürfte auch das fernere Argument der Vertheidiger der Ansicht von Dalcke und Gen.: daß, Mangels einer auch nur annähernden Ermittelung des Werths der Entwendung u. s. w., die Kompetenz der Strafkammer eintrete, weil alsdann „das Vorhandensein" der gesetzlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit des Schöffengerichts nicht nachweisbar sei", nicht widerlegen. Denn beim Ausscheiden einer Präsumtion für die Zuständigkeit des einen oder des anderen der beiden Gerichte läßt sich jenes Argument mit völlig gleichem Rechte auch für die Zuständigkeit des Schöffengerichts geltend machen, da, wenn der Werth bzhw. Schade überhaupt nicht zu ermitteln ist, auch „das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit des Landgerichts nicht nachweisbar ist."

Andere Gründe sind für jene Ansicht nicht geltend gemacht.

Nun sind zwar auch für die von Hauck und Gen. aufgestellte entgegengesetzte Meinung solche Gründe, welche dieselbe als zweifellos richtig erscheinen lassen, kaum beizubringen; gleichwohl scheint sie den Vorzug zu verdienen.

Keller's zur Rechtfertigung derselben beigebrachtes Argument: „Im Zweifel sei, wenn in Versuchsfällen nicht festzustellen sei, ob es sich um mehr oder weniger als 25 Mrk. handeln könne, das Schöffengericht zuständig, weil jedenfalls gewiß sei, daß ein Werth unter 25 Mrk. vorliege, die zur Begründung der Zuständigkeit des Landgerichts nothwendige Summe aber nicht feststehe", wird zwar, wie bereits oben angedeutet, als zutreffend nicht gelten können; denn scheidet überhaupt eine Ermittelung des Werthes, bzhw. Schadens, aus, so mangelt es in Bezug hierauf an jedem Positiven, es kann also auch nicht gewiß sein, daß ein Werth unter — soll wohl heißen: nicht über — 25 Mrk. vorliege. Es ist eben nichts gewiß.

Dagegen ist zunächst aus dem § 28 GVG. eine Unterstützung für jene Ansicht herzunehmen. Derselbe sieht ausschließlich den Fall vor, wenn sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß der Werth, bzhw. Schade, mehr als 25 Mrk. betrage; nur für diesen Fall verordnet er, daß das Schöffengericht event. seine Unzuständigkeit aussprechen soll. Nun wird aber doch auch der Fall in der Hauptverhandlung nicht ausbleiben, daß die Mehrheit der Mitglieder des Schöffengerichts der Ansicht ist, es fehle für die von dem Amtsanwalt seiner Anklage zum Grunde gelegte 25 Mrk. nicht übersteigende Abschätzung des Werths der gestohlenen Sache an jedem Anhalt und jeder Vermuthung, dieselbe erscheine als eine durchaus willkürliche; sowie ferner, daß der zur Angabe des Werths des gestohlenen oder unterschlagenen Gegenstandes, bzhw. des Schadensbetrages, zur Hauptverhandlung vorgeladene Damnifikat oder Sachverständige sich unter den vorwaltenden Umständen zu einer solchen Begutachtung völlig außer Stande erklärt. Auf einen solchen Fall findet aber die höchst singuläre, die Zuständigkeit des Schöffen- oder des Landgerichts zur Aburtheilung mit mehrjähriger Freiheitsstrafe bedrohter Vergehen lediglich von Zufälligkeiten abhängig machende und deshalb nicht über den speziellen Fall, für den sie gegeben ist, hinaus zur Anwendung zu bringende Vorschrift des § 28 GVG. keine Anwendung. Sie setzt eben eine positive Feststellung des Mehrbetrages voraus. Das Schöffengericht müßte sich daher — von der Ansicht von **Dalcke** u. Gen. ausgegangen — in Fällen des non liquet auf Grund des § 270 StPO für unzuständig erklären und die Sache durch Beschluß an das Landgericht abgeben. Dies würde aber der Absicht, welche das Gesetz mit dem § 28 verband, direkt entgegenlaufen. Denn, wenn dieser § die Aburtheilung der Sache durch das Schöffengericht selbst für den Fall anordnet, wenn sich die Unzuständigkeit desselben durch den erfolgten Nachweis eines den Werth von 25 Mrk. übersteigenden Objekts des Diebstahls u. s. w. klar herausstellt, so konnte bei seiner Aufnahme in das Gesetz nicht füglich beabsichtigt sein, die Unzuständigkeitserklärung des Schöffengerichts dann eintreten zu lassen, wenn es bloß ungewiß ist, ob der Werth nur 25 Mrk. oder mehr beträgt. Hat daher das Gesetz dieses letzteren Falles weder im § 28 erwähnt, noch sonst

in Bezug auf denselben eine Bestimmung getroffen, so wird nach allgemeinen Regeln der Gesetzauslegung anzunehmen sein, daß es davon ausgegangen sei, die Zuständigkeit des Schöffengerichts scheide für die Fälle des § 27 Nr. 4—7 überhaupt nur dann aus, wenn ein höherer als der darin bezeichnete Werths- bzhw. Schadensbetrag festgestellt sei.

Will man aber auch eine solche Folgerung aus dem Grunde nicht für zulässig erachten, weil die oben mitgetheilte Geschichte der Entstehung der §§ 27 Nr. 4—7 und 28 die Ueberzeugung gewähre, daß der Fall der Unmöglichkeit einer Feststellung des Werths des Entwendeten u. s. w. nicht ins Auge gefaßt worden sei, so spricht doch ferner für die Ansicht von Hauck und Gen. auch der favor defensionis, da nach allgemeiner Rechtstheorie die Geringfügigkeit des Objekts des Diebstahls u. s. w. das Delikt in einem milderen Lichte erscheinen läßt. Nun äußert zwar im vorliegenden Falle der dem favor defensionis entsprechende Grundsatz, daß, Mangels des Beweises für einen höheren Werth anzunehmen sei, derselbe übersteige nicht 25 Mrk., seine Wirkung zunächst nur in Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichts; mittelbar wird er aber auch auf die Zumessung der Strafe von Einfluß sein.

Endlich kommt in Betracht, daß, wenn lediglich darüber Ungewißheit besteht, ob der Werth des Gestohlenen u. s. w. nur 25 Mrk. oder mehr betrage, in der überwiegenden Mehrzahl solcher Fälle bei dem Gerichtshofe darüber kein Zweifel vorwalten wird, daß das Objekt ein geringfügiges sei. Sollte nun gleichwohl, der Ansicht von Dalcke u. Gen. gemäß, die Sache vor dem Landgericht verhandelt werden, so würden alle die Uebelstände, welchen der § 27 Nr. 4 bis 7 bei unbedeutenden Vergehen der dort bezeichneten Art vorbeugen wollte: Belästigung des Angeklagten und der Zeugen durch weite Reisen nach dem Sitze des Landgerichts, kostspieliger Transport verhafteter Angeklagter, Verzögerung der Untersuchung durch das im § 199 Abs. 1 StPO. vorgeschriebene Verfahren — im vollen Umfange eintreten. In noch höherem Grade macht sich dies Bedenken für solche Fälle geltend, wo sich die Unmöglichkeit der Ermittelung des Werths erst in der vor dem Schöffengericht stattfindenden Hauptverhandlung ergiebt, da alsdann die Unzuständigkeitserklärung des Schöffengerichts nicht nur eine Ver-

zögerung der Untersuchung, sondern auch eine Wiederholung der Hauptverhandlung, und zu diesem Zwecke der Ladung des Angeklagten und der Zeugen nach sich ziehen müßte. Das Landgericht würde auch außer Stande sein, die Abhaltung der Hauptverhandlung durch Ueberweisung der Sache an das Schöffengericht auf Grund des § 75 GVG. von sich abzuwenden, da dieser § eine solche Ueberweisung nur bei Eröffnung des Hauptverfahrens zuläßt, diese aber bereits durch den Unzuständigkeitsbeschluß des Schöffengerichts erfolgt ist. § 270 Abs. 2 StPO.

In Verbindung mit der vorstehend besprochenen Kontroverse steht

II. die Frage, was unter den Worten des § 28 GVG., „wenn die Aussetzung der Verhandlung geboten erscheint", zu verstehen sei: Die Kommentare stellen darüber drei verschiedene Ansichten heraus.

1. **Dalcke** giebt jenen Worten die engste Auslegung:

„Eine Unzuständigkeit — sagt er S. 317 — darf nur dann ausgesprochen werden, wenn sich zeigt, daß aus anderen Gründen die Kompetenz des Gerichts von vorn herein ausgeschlossen war. Der Fall also, daß aus irgend einem zufälligen Umstande (z. B. Erkrankung eines Zeugen) eine Vertagung der Hauptverhandlung stattfinden muß, gehört nicht hierher." Verhandl. der RJK. (2. Les. des GVG.) S. 25*). Im Gegensatze hierzu faßt

2. **von Schwarze** die Schlußbestimmung des § im weitesten Sinne auf. Er führt aus: S. 26. 2:

„Was ist unter „Aussetzung" zu verstehen? Im § 227 folg. der StPO. wird über die Aussetzung Bestimmung getroffen. Hier ist — das Wort „Aussetzung" ganz allgemein gebraucht; irgend ein Unterschied in der Benennung nach der Dauer der Unterbrechung oder dem Stande der Verhandlung zu der Zeit, wo die Aussetzung erfolgte, ist nicht gemacht worden. Die Vorschrift des § 228 regelt nur den Fall, wenn die Dauer der

*) Die Zahl 25 scheint auf einem Druckfehler zu beruhen, da die Prot. der 2. Lesung erst mit S. 513 beginnen. Es dürfte die 136. Sitzung vom 18. Mai 1876, S. 599 folg. gemeint sein, wo sich auch S. 600 die Worte befinden: „auf Fälle, in denen sich nachher zeige, daß die Kompetenz des Gerichts von vorn herein nicht gegeben war."

eingetretenen Unterbrechung den Zeitraum von vier Tagen übersteigt. Es macht daher bei der Anwendung der Schlußbestimmung in § 28 (des Ger.VG.) keinen Unterschied, aus welchem Grunde und auf welche Zeit (deren Dauer sich ohnedem im Augenblicke der Aussetzung nicht stets im Voraus berechnen läßt) die Aussetzung erfolgt ist. Es entscheidet die Thatsache der Aussetzung. Außerdem ist bei der Auslegung dieses § als maßgebend zu berücksichtigen, daß er eine Ausnahme von der Regel aufstellt und die im § 27 geordnete Kompetenzgrenze durchbricht. Sobald daher die Verhandlung vor dem Schöffengerichte nicht zu Ende geführt werden kann, so entfällt der Grund, aus welchem die Ausnahme im § 28 gerechtfertigt werden konnte. Allerdings kann hierdurch der bei den Berathungen in der Kommission vielfach hervorgehobene Uebelstand eintreten, daß die bereits weit vorgeschrittene Hauptverhandlung als unnütz sich darstellt und die Beweisaufnahme vor dem Landgerichte, an welches nunmehr die Sache abgegeben wird, wiederholt werden muß." — **von Schwarze** weist hierbei darauf hin, daß

Löwe anderer Meinung ist. Es ist dies die mittlere. Derselbe bemerkt vorweg in der Note 2 S. 50:

„Der Grund der Bestimmung (des § 28 GVG.) ist: es soll die nach Erlassung einer Unzuständigkeitserklärung stets nothwendige Wiederholung der Hauptverhandlung möglichst vermieden werden," wonächst er in der Note 3 fortfährt:

„In dem Falle, wenn die A u s s e t z u n g der Verhandlung aus anderen Gründen (wenn auch nur aus e i n e m Grunde, z. B. wegen des Ausbleibens eines Zeugen) geboten erscheint, soll eine Ausnahme Platz greifen, d. h. von der Unzuständigkeitserklärung nicht abgesehen werden; denn in diesem Falle würde die Wiederholung (Erneuerung) der Verhandlung auch dann nothwendig sein, wenn das Schöffengericht mit derselben befaßt bliebe. Auf den Fall aber, wenn die Verhandlung bloß a b g e b r o c h e n wird und ihre F o r t s e t z u n g zulässig bleibt (vergl. StPO. § 228) ist die Ausnahmebestimmung nicht zu beziehen; denn in diesem Falle würde allein durch die Unzu-

ständigkeitserklärung diejenige Weiterung entstehen, welche das Gesetz vermeiden will." — Im Wesentlichen übereinstimmend äußern sich

Hauck S. 156: „Wenn eine Hauptverhandlung, in welcher ein höherer Werth oder Schaden als 25 Mrk. bei Vergehen des § 27 Ziff. 4—7 sich herausstellt und aus irgend einem sonstigen Grunde die Verhandlung unterbrochen werden muß, und vor denselben Richtern innerhalb drei Tagen nach der Unterbrechung nicht fortgesetzt werden kann, hat sich das die Hauptverhandlung führende Schöffengericht für unzuständig zu erklären und die Sache an das Landgericht zu verweisen. § 270 StPO."

Keller S. 54: „Durch die Aussetzung der Verhandlung fällt die bisherige Verhandlung zusammen und wäre daher auch bei dem Schöffengerichte eine neue Verhandlung nothwendig. Das ist aber nicht der Fall, wenn eine unterbrochene Verhandlung spätestens am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzt werden kann. (§§ 27. 28 StPO.)"

Thilo S. 64 GVG. bemerkt vorweg, daß die Justizkomm. wiederholte Hauptverhandlungen in derselben Sache möglichst habe vermeiden wollen, und fährt dann fort:

„Stellt sich aus anderen Gründen, wie Ausbleiben von Zeugen, erforderliche Ladung neuer Zeugen, Erkrankung eines Richters oder des Angeklagten, die Nothwendigkeit heraus, die weitere Verhandlung auszusetzen, so daß ohnedies die Hauptverhandlung von Neuem vor sich gehen muß, so muß das Gericht seine Unzuständigkeit wegen des ermittelten höheren Werths oder Schadens durch Beschluß aussprechen.

Der Begriff der Aussetzung ergiebt sich aus dem vorstehend angegebenen Motive zur gemachten Ausnahme; ihr steht die kürzere Unterbrechung gegenüber, nach deren Ablauf die abgebrochene Hauptverhandlung nur fortgesetzt wird (§ 227 StPO.) also die Unzuständigkeitserklärung nicht zu erfolgen hat."

Voitus S. 25. 2 hebt vorweg den im § 227 StPO. gemachten Unterschied zwischen „Aussetzung", als einer die Anberaumung eines

anderen Termins zur Hauptverhandlung erfordernden Vertagung der Verhandlung und einer die Dauer von vier Tagen nicht übersteigenden Unterbrechung hervor, und sagt demnächst:

„Tritt eine — Veranlassung zur Aussetzung der Hauptverhandlung ein, nachdem sich bereits herausgestellt hat, daß der Werth des dem Angeklagten zur Last gelegten Diebstahls, der Unterschlagung u. s. w. 25 Mrk. übersteige, so wird die Untersuchung, auch wenn der Angeklagte der That geständig ist, an das Landgericht abgegeben."

Die Verhandlungen der Justizkomm., welche, wie unter Nr. I dieser Abhandlung erwähnt, den § 28 in Verbindung mit den Vorschriften des § 27 Nr. 4—7 dem Regierungs-Entwurfe hinzugefügt hat, bieten für die Auslegung der Worte des ersteren §: „wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung geboten erscheint", einen sicheren Anhalt nicht dar. Nach erster Lesung lautete die in Rede stehende Vorschrift („Beschlüsse der Kommission" § 16a Seite 15, Schlußsatz des Abs. 3).

Stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß der Werth oder Schaden mehr als 25 Mark betrage, so hat das Gericht seine Unzuständigkeit nur dann auszusprechen, wenn es nach den Ergebnissen der Verhandlung eine andere oder höhere Strafe für verwirkt erachtet, als die im § 16 Nr. 2 (jetzt § 27 Nr. 2 GVG.) bezeichnete.

Bei 2. Lesung — auf deren Verhandlungen **Dalcke**, wie erwähnt, hinweist — erfuhr diese Bestimmung auf den Antrag des Abg. **Becker** (Prot. das Ger.-Verf.-Ges. betreffend S. 599 und 609 Abstimm. Nr. V) diejenige wesentliche Aenderung, welche sich aus den Schlußworten des § 28 GVG: „wenn aus anderen Gründen" u. s. w. ergiebt. Bei der Motivirung des Antrages sagte ꝛc. **Becker**, (Prot. S. 600) nach Voranschickung, daß die Verweisung (jetzt § 75 GVG.) ihren Zweck da gänzlich verfehle, wo schon durch Zulassung der Berufung dafür gesorgt sei, daß das Landgericht erforderlichen Falls mit der Sache befaßt werde:

„Anders sei die im 3. Abs. des § 16a (bei erster Lesung) getroffene Bestimmung zu behandeln; denn diese beziehe sich auf die Fälle, in welchen sich nachher zeige, daß die Kompetenz des

Gerichts von vorn herein nicht gegeben war. Hier sei also die Gefahr einer Verschiebung der Zuständigkeitsgrenzen vorhanden, eine Gefahr, welcher stets begegnet werden müsse, wenn die Interessen der Anklage oder der Vertheidigung durch sie berührt werden. Praktisch sei es indessen, die Unzuständigkeitserklärung auch hier nur dann eintreten zu lassen, wenn doch eine Aussetzung der Verhandlung eintreten müsse, weil nach Ansicht des Schöffengerichts eine genügende Grundlage für das Urtheil nicht gewonnen sei."

Ueber den Sinn dieser Schlußworte: „weil eine genügende Grundlage für das Urtheil nicht gewonnen sei"; sprach sich der Antragsteller nicht aus; auch sind dieselben nicht anderweit in der Justizkomm. erläutert worden.

Auch der „Bericht der Justizkomm. den Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes betreffend", erleichtert das Verständniß der den Gegenstand der Kontroverse bildenden Schlußbestimmung des § 28 nicht. Es ist dort S. 34 nur gesagt: Es sei von der Komm. angenommen worden, daß „wenn einmal in einem einzelnen Falle in der Hauptverhandlung sich herausstelle, daß der Werth der Sache oder der Betrag des Schadens unterschätzt sei, das Gericht nach § 15 der Zusammenstellungen (2. Lesung) seine Unzuständigkeit nur dann auszusprechen brauche, wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung geboten erscheine.

Allerdings würde es einer den Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des Ausdrucks „Aussetzung" im § 28 GVG. vorbeugenden Erläuterung desselben dann nicht bedurft haben, wenn das GVG. und die StPO. denselben, in fester Terminologie, überall gleichmäßig in demselben Sinne brauchten. Dies ist aber nicht der Fall. Die Wörter „Aussetzung" und „Unterbrechung" kommen mehrfach als gleichbedeutend vor; (vergl. die §§ 145. 216. 227. 243. 245. 261. 264 Abs. 3 StPO) und außerdem werden sowohl im § 49 Abs. 2 GVG. als in den Mot. (S. 128) und den Prot. der Justizkomm. (S. 510) anstatt ihrer die Ausdrücke „Vertagung", „Abbrechung" gebraucht. Bei der Berathung des § 145 StPO. (§ 128 des Entw.) in der Justizkomm. bemerkte zwar der Geh. ORR. **Hanauer** als Regierungsvertreter (S. 509 der Prot.) bei Bekämpfung des Antrages, nach

welchem beim Ausbleiben des Vertheidigers die Verhandlung auf den Antrag des Beschuldigten sollte ausgesetzt werden müssen: „Wenn man obligatorisch vorschreibe, daß die Verhandlung ausgesetzt werden müsse, so mache man die Unterbrechung — im Gegensatze zur Aussetzung, worunter das Gesetz eine mehr als viertägige Unterbrechung verstehe — unmöglich". Eine solche Gegenüberstellung der Ausdrücke „Aussetzung" und „Unterbrechung" ist jedoch, wie erwähnt, in dem Gesetz nicht durchgeführt. Es ergiebt sich dies zunächst aus der Wahl des Ausdruckes „Aussetzung" im § 145 StPO. Denn es leuchtet ein, daß, da dem Angeklagten nach dem Abs. 1 sogleich ein anderer Vertheidiger bestellt werden darf, dem Gericht nicht hat verwehrt werden sollen, im Falle der Unausführbarkeit dieser Maßregel, die Verhandlung, sofern es unter den vorwaltenden Umständen zweckmäßig gewesen, bloß zu „unterbrechen" um sie noch an demselben oder dem folgenden Tage mit dem neu bestellten Vertheidiger fortzusetzen. Dasselbe gilt von dem § 227 StPO. Denn auch dort bildet der Ausdruck „Aussetzung" nicht den Gegensatz zu „Unterbrechung" überhaupt, sondern nur zu den „kürzeren" — zum Zwecke der Erholung, oder behufs der wegen der langen Dauer der Verhandlung nothwendig gewordenen Fortsetzung derselben am folgenden Tage — anzuordnenden Unterbrechung, wie dies daraus folgt, daß diese letzteren dem Vorsitzenden überlassen sind, während es eines Gerichtsbeschlusses nicht bloß in dem Falle bedarf, wenn unter den vorwaltenden Umständen eine Erneuerung der Hauptverhandlung nach längerer als viertägiger Frist nicht zu vermeiden ist, sondern auch dann erfolgen muß, wenn behufs der Fortsetzung der Beweisaufnahme ein ausgebliebener oder neu benannter Zeuge zu laden ist, dessen Erscheinen an demselben oder dem folgenden Tage aber in sichere Aussicht steht. Das Gesetz muß daher im § 227 unter dem Ausdruck „Aussetzung" im ersten Satze des Abs. 1 auch Unterbrechungen der letztgedachten Art verstanden haben.

In Uebereinstimmung mit vorstehender, die mehrerwähnten beiden Ausdrücke betreffender Ausführung sagt **Dochow** bei Besprechung der „Hauptverhandlung" S. 184 Note 21: „Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Unterbrechung und der Aussetzung ist nach der StPO. nicht vorhanden." **Löwe** bemerkt S. 591 zu § 227, es werde zwar

in diesem § zwischen Aussetzung und Unterbrechung unterschieden, im Allgemeinen wohne aber beiden Ausdrücken im Verhältniß zu einander eine bestimmte technische Bedeutung nicht bei. Aehnlich **von Schwarze** S. 388. 1 und **Voitus** S. 264. 2.

Bietet hiernach so wenig die Geschichte der Entstehung des § 28 GVG., als die Terminologie dieses Gesetzes und der StPO. einen festen Anhalt zur Auslegung der Schlußworte des § dar, so wird bei der Prüfung, welcher von den drei oben mitgetheilten Ansichten der Vorzug gebühre, die Absicht maßgebend sein müssen, welche das Gesetz voraussetzlich mit der Vorschrift verbunden hat.

Der alleinige — auch in der angeführten Bemerkung des Antragstellers angedeutete — Grund, welcher bei der Aufnahme einer so singulären, von den Kommentatoren mehrseitig gemißbilligten Bestimmung leitend gewesen sein kann, wird in der Erwägung zu suchen sein:

> daß es sich zwar an sich, zur Vermeidung der mit der Abgabe einer vor dem Schöffengericht bereits in der Hauptverhandlung verhandelten Sache an das Landgericht verbundenen Uebelstände, empfehle, das erstere auch in dem Falle, wenn sich ein höherer Werth, bzhw. Schaden, als 25 Mark herausgestellt habe, zur Verhängung der gesetzlichen Strafe, auch über die im § 14 Nr. 2 GVG. bezeichneten Grenzen hinaus, zu ermächtigen; daß jedoch die Veranlassung zu diesem anomalen Verfahren dann fortfalle, wenn die Gestaltung der Sachlage in der Hauptverhandlung eine, nach dem § 228 StPO. die Erneuerung der letzteren nach sich ziehende Aussetzung der Verhandlung nothwendig mache, in einem solchen Falle daher die Sache an das zuständige Landgericht abzugeben sei.

Hiervon ausgegangen, dürfte zunächst der Ansicht **Dalcke's**, daß eine durch zufällige Umstände, wie z. B. Erkrankung eines Zeugen herbeigeführte Vertagung der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung das Schöffengericht zur Unzuständigkeitserklärung überhaupt nicht berechtige, nicht beizutreten sein. Läßt die Art der Krankheit des Zeugen keinen Zweifel, daß sie länger als vier Tage währen werde, sind also die mit einer Erneuerung der Hauptverhandlung für den Angeklagten, die Zeugen u. s. w. verknüpften Nachtheile ohnehin nicht zu vermeiden, so

wird die Abgabe der Sache an das Landgericht zu beschließen sein. Die von **Dalcke** in Bezug genommenen Verhandlungen der Justizkomm. in zweiter Lesung bieten eine Unterstützung für seine Ansicht nicht dar. Es dürften ihr vielmehr die angeführten Worte des Abg. **Becker**, wonach das Schöffengericht sich für unzuständig erklären sollte, „wenn doch eine Aussetzung der Verhandlung eintreten müsse", bei ihrer Allgemeinheit entgegenstehen.

von Schwarze weicht — Inhalts seiner oben mitgetheilten Note — von der durch **Löwe** und Gen. vertretenen Ansicht nach der entgegengesetzten Richtung hin ab. Er meint, das Schöffengericht müsse sich, wenn der im § 28 vorausgesetzte Fall eintrete, bei jeder Aussetzung der Hauptverhandlung, gleichviel „aus welchem Grunde und auf welche Zeit" sie erfolge, für unzuständig erklären, und die Sache an das Landgericht abgeben. Es könnte zwar aus seinen Worten: „Sobald daher die Verhandlung vor dem Schöffengericht nicht zu Ende geführt werden kann, u. s. w.", gefolgert werden, daß auch er eine solche Aussetzung der Hauptverhandlung meine, welche eine vollständige Erneuerung der Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht nöthig mache; hiergegen spricht jedoch nicht nur sein ausdrückliches Anerkenntniß, daß die Ansicht **Löwe's** — der aufs Bestimmteste zwischen einer die Fortsetzung zulassenden Abbrechung der Hauptverhandlung, und einer die Erneuerung derselben erfordernden Aussetzung derselben unterscheidet — von der seinigen abweiche, sondern auch der von ihm aufgestellte Satz: es sei unerheblich, auf welche Zeit die Aussetzung erfolge; die Thatsache der Aussetzung sei entscheidend.

Nach dieser Ansicht würde daher die Abgabe der Sache an das Landgericht auch in dem Falle erfolgen müssen, wenn außer Zweifel stehe, daß der ausgebliebene oder neu benannte Zeuge, dessen vom Gericht beschlossene Vernehmung die Unterbrechung der Hauptverhandlung nöthig macht, noch an demselben Tage vor dem Gericht erscheinen und die Fortsetzung der Verhandlung ermöglichen werde. Dies dürfte jedoch der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen. Denn, hatte die Justizkomm. einmal kein Bedenken getragen, dem aus dem Amtsrichter und zwei Laien bestehenden Schöffengerichte das Recht, eine ihm von dem Landgericht auf Grund des § 75 überwiesene Sache event. an dasselbe zurückzugeben, zu entziehen und ihm durch die Vorschrift

des § 28 eine Kompetenz zuzuweisen, welche es — wie der Geh. ORR. **Hanauer** S. 608 der Prot. zutreffend bemerkte — ermächtigt, Freiheitsstrafen bis zu 10 Jahren zu verhängen, so wäre es inkonsequent und unmotivirt gewesen, das Schöffengericht durch die Schlußbestimmung dieses § zur Unzuständigkeitserklärung auch in dem Falle zu nöthigen, wenn die Aussetzung der Hauptverhandlung nicht eine Erneuerung der letzteren und die mit einer solchen verknüpften Uebelstände nach sich zieht, die Verhandlung vielmehr an demselben Tage, oder doch innerhalb der im § 228 StPO. bezeichneten Frist fortgesetzt werden kann.

Gegen die von **von Schwarze** befürwortete weitere Auslegung der Schlußbestimmung des § 28 GVG. scheinen ferner auch die Worte „nur dann" zu sprechen, welche auf die Absicht, die darin statuirte Ausnahme von der Vorschrift des § zu beschränken hindeuten. Derselbe bemerkt zwar mit Recht, daß sich die Dauer der Aussetzung in dem Augenblick, wo letztere beschlossen werde, nicht immer im Voraus berechnen lasse. Auf die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage wird dies jedoch von keinem Einfluß sein. Ist mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen, daß die durch die Nothwendigkeit der Ladung eines Zeugen oder durch Erkrankung eines Schöffen u. s. w. herbeigeführte Unterbrechung der Verhandlung den Zeitraum von 4 Tagen überdauern werde, so wird die Abgabe der Sache an das Landgericht sofort zu beschließen, entgegengesetzten Falls das Wiedererscheinen der betheiligten Personen zu einer späteren Stunde desselben, oder an einem der nächsten Tage behufs Fortsetzung der Hauptverhandlung anzuordnen sein. Zeigt sich alsdann, daß die Voraussetzung des Gerichts, der Grund der Unterbrechung werde sich in der Zwischenzeit erledigen, nicht zugetroffen, eine Erneuerung der Hauptverhandlung mithin nicht zu vermeiden ist, so wird das Schöffengericht die Abgabe der Sache an das Landgericht jetzt zu beschließen haben.

Hiernach dürfte der Ansicht von **Löwe** und Gen. beizutreten sein.

1) Setzt der § 50 GVG. eine Verlegung der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung auf den **nächstfolgenden** Tag voraus?

2) Findet derselbe nur im Falle einer durch Unzulänglichkeit der Zeit zur Erledigung sämmtlicher für einen Sitzungstag bestimmter Straffälle veranlaßten Vertagung, oder auch auf Unterbrechungen im Sinne des § 228 StPO. Anwendung?

Die Erheblichkeit dieser Fragen für die schöffengerichtliche Praxis ist nicht zu verkennen. Im Betreff beider herrscht unter den Kommentatoren Meinungsverschiedenheit.

Löwe führt S. 68 aus:

„Der § sieht den Fall vor, wenn die Verhandlung der auf einen Sitzungstag anberaumten Sachen so viel Zeit in Anspruch nimmt, daß die **Sitzung** auf den folgenden Tag **erstreckt** werden muß. Verschieden von diesem Fall ist der andere Fall, wenn die Verhandlung einer bestimmten Sache wegen eines prozessualischen Hindernisses, z. B. wegen des Ausbleibens eines Zeugen abgebrochen und vertagt werden muß. Hier wird zu unterscheiden sein: kann die Fortsetzung der Verhandlung am nächstfolgenden Tage stattfinden, so ist hierin eine „Erstreckung der Sitzung“ auf diesen Tag zu finden, und § 50 somit für anwendbar zu erachten. Ist dagegen eine Fortsetzung der Verhandlung am nächstfolgenden Tage nicht thunlich, so kann von einer „Erstreckung der Sitzung“ nicht mehr die Rede sein; vielmehr kann die Verhandlung der Sache alsdann nur in einer

anderen Sitzung erfolgen und in dieser können nur die zu ihr berufenen Schöffen mitwirken (die allerdings mit den Schöffen der ersten Sitzung zufällig identisch sein können). Daraus, daß nach § 228 StPO. die Fortsetzung einer unterbrochenen Verhandlung noch binnen 4 Tagen zulässig bleibt, ist nicht zu folgern, daß zu einer Fortsetzung der Verhandlung am 2ten, 3ten oder 4ten der folgenden Tage die Heranziehung der Schöffen der früheren Sitzung statthaft sei. Der § 228 behandelt nur den prozessualischen Gegensatz zwischen der Fortsetzung und der Erneuerung einer Verhandlung ohne spezielle Rücksicht auf die organisatorischen Verhältnisse eines Schöffengerichts; er ist nicht maßgebend für die Anwendbarkeit des § 50, sondern umgekehrt sind für die Beantwortung der Frage: inwieweit § 228 auf schöffengerichtliche Strafsachen anwendbar sei, die das Schöffengericht betreffenden Bestimmungen des GVG. maßgebend. Sonach darf die Forsetzung einer unterbrochenen schöffengerichtlichen Hauptverhandlung (im Gegensatz zur Erneuerung derselben) nur dann stattfinden, wenn sie an dem ersten der auf die Unterbrechung folgenden Tage eintreten kann, oder wenn an dem 2ten (3ten, 4ten) der folgenden Tage eine Sitzung stattfindet, an der zufällig dieselben Schöffen Theil nehmen, welche in der unterbrochenen Hauptverhandlung mitgewirkt haben." — Entgegengesetzter Meinung ist

Hauck. Er sagt S. 79:

„Nach den (dem § 50 GVG.) vorhergehenden §§ ist ein Schöffe immer nur zur Thätigkeit auf einen bestimmten einzelnen Sitzungstag berufen. Es kann nun bei der im Gesetze dem Schöffengerichte eingeräumten ausgedehnten Zuständigkeit leicht der Fall eintreten, daß eine Sache am bestimmten Sitzungstage wegen ihrer Ausdehnung nicht zu Ende geführt werden kann, oder wegen besonderer Umstände unterbrochen werden muß, ohne daß eine Aussetzung (§ 228 StPO.) nothwendig wird. Für diese Fälle gilt die Vorschrift des § 50, wonach die im Dienste befindlichen Schöffen, um die Wiederaufnahme der ganzen Verhandlung von vorne an zu vermeiden, auch am nächsten, 3ten oder 4ten Tag bei dieser unterbrochenen Sache thätig

zu sein haben. Es bezieht sich dies übrigens nach dem Wortlaut des § und den Bestimmungen der StPO. über die Verweisung zur Hauptverhandlung (Sitzungstag) nicht bloß auf einen, sondern auf alle an einen Sitzungstag verwiesenen Straffälle, wenn sie wegen Mangels der Zeit an diesem Tage nicht sämmtlich verhandelt werden können und auf einen der nächsten Tage zu verlegen sind." — Diese Ansicht scheint **Keller** zu theilen. Er bemerkt S. 73:

„§ 50 legt aus geschäftlichen Rücksichten den Schöffen auf, bei der Aburtheilung derjenigen Sachen, für welche sie berufen sind, mitzuwirken, auch wenn sie an einem Tage nicht erledigt werden können. Dieser Fall ist nicht zusammenzuwerfen mit dem des § 228 StPO. Danach kann eine begonnene Hauptverhandlung in einer bestimmten Sache noch am 4ten Tage nach einer Unterbrechung fortgesetzt werden. Das Gericht — hat es in der Hand, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu beschließen und entweder ihre Fortsetzung innerhalb jener 4 Tage, oder einen ganz neuen Beginn der Verhandlung — später, oder innerhalb jener Frist — anzuordnen. Danach bestimmt sich auch die Mitwirkung der ursprünglich beigezogenen Schöffen bei der späteren Verhandlung."

Ist auch hier die Verpflichtung der Schöffen, bei der an einem der bezeichneten vier Tage stattfindenden Fortsetzung derjenigen Sitzung, zu welcher sie einberufen worden, mitzuwirken, nicht mit bestimmten Worten ausgesprochen, so wird dieselbe doch in dem Satze: „Danach bestimmt sich auch u. s. w." ihren Ausdruck haben finden sollen. —

Bei den Berathungen der Justizkomm. ist die vorliegende Frage nicht zur Sprache gekommen. Der § 50 GVG. ist so, wie er als § 38 im Entw. enthalten war, ohne Debatte in das GVG. übernommen worden. Auch der „Bericht" derselben berührt die Frage nicht. In der „Begründung des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes" ist, ohne die Streitfrage ins Auge zu fassen, nur gesagt: „Die Dauer einer Sitzung kann sich wider Erwarten über die Zeit hinaus erstrecken, für welche der Schöffe, sei es als Hauptschöffe oder als Hülfsschöffe, zunächst einberufen ist (§§ 33—37; im GVG. §§ 45—49). Geschäftliche Rücksichten machten die Bestimmung nothwendig, daß in solchen

Fällen der Schöffe seine Amtsthätigkeit bis zur Beendigung der Sitzung fortzusetzen habe."

Die Ansicht von **Hauck** dürfte für die richtigere zu erachten sein.

Die in Rede stehende Kontroverse wird durch die nicht genügend deutliche Redaktion des § 50 verschuldet; insbesondere gilt dies von den Worten: „Erstreckt sich die Dauer einer Sitzung über die Zeit hinaus u. s. w." Die Schöffen werden — wie bereits von **Voitus** S. 46 bemerkt — nicht zunächst für eine Zeit, in dem Sinne, den der Sprachgebrauch mit diesen Worten verbindet, d. h. für eine bestimmte oder unbestimmte Reihe von Tagen, Wochen u. s. w., sondern für einen bestimmten Tag einberufen. Es folgt dies insbesondere aus der Wahl der Einheit: „vor dem Sitzungstage" im § 48 GVG. Auch wenn die einzelnen Tage, welche dem Schöffen durch das Loos zugewiesen sind (§ 45), unmittelbar auf einander folgen, wird er nicht für „eine Zeit", sondern für die speziell zu bezeichnenden Tage einberufen. Die erwähnten Worte des § werden daher für gleichbedeutend mit: „über den Tag hinaus" aufzufassen sein. Hiervon gehen auch sowohl **Hauck** als **Löwe** aus. Ersterer sagt ausdrücklich: „der Schöffe wird immer nur zur Thätigkeit auf einen bestimmten einzelnen Tag berufen," und **Löwe** spricht nicht nur S. 63. 4 bei § 45 GVG. von den „einzelnen ordentlichen Sitzungstagen", sondern auch Eingangs seiner oben mitgetheilten Ausführung von dem Falle, wenn „die Verhandlung der auf einen Sitzungstag anberaumten Sachen so viel Zeit in Anspruch nimmt, daß die Sitzung auf den folgenden Tag erstreckt werden muß."

Ihre Ansichten gehen aber über den wesentlichen Punkt auseinander: ob, wie **Löwe** meint, der § ausschließlich diesen letzterwähnten Fall betreffe, oder, wie **Hauck** annimmt, auch den umfasse, wenn in Folge Ausbleibens eines Zeugen, oder Erkrankung eines Schöffen, oder zum Zwecke der Erhebung neu angetretenen Beweises u. dergl. eine die Dauer von vier Tagen nicht überschreitende Unterbrechung einer der an dem Sitzungstage zu verhandelnden Sachen beschlossen worden ist.

Gegen **Löwe's** Meinung spricht vorweg die zwischen den verschiedenen Gründen, welche die Erledigung einer oder mehrerer für den Sitzungstag bestimmter Straffälle hindern können, nicht unterscheidende

völlig allgemeine Fassung des §, sowie auch, daß, von ihr ausgegangen, der Mangel einer den letzterwähnten Fall betreffenden Vorschrift für eine wesentliche Lücke im Gesetz würde gelten müssen. Löwe will zwar, wiewohl nach seiner Meinung der § den Fall des Mangels an Zeit zur Bewältigung aller Straffälle vorsieht, ihn dennoch auch auf den Fall einer Unterbrechung (§ 228 StPO.) unter der Bedingung beziehen, wenn die Fortsetzung der Verhandlung am nächstfolgenden Tage stattfinden könne. Dies ist aber wohl nicht konsequent. Denn, hätte das Gesetz dem Schöffen in dem § 50 nur für jenen Fall der Unzulänglichkeit der Zeit die Verpflichtung auferlegt, an einem anderen, als dem durch das Loos für ihn bestimmten Tage zu fungiren, so würde es sich nicht rechtfertigen lassen, ihm eine gleiche Verpflichtung auch für einen anderen — wie Löwe ausdrücklich anerkennt — davon verschiedenen Fall lediglich aus dem Grunde aufzubürden, weil auch auf ihn die in dem § gebrauchten Worte: „Erstreckt sich die Dauer u. s. w." anwendbar seien.

Löwe geht aber auch davon aus, daß der § 50 GVG. überhaupt, also auch im Falle der Vertagung einer Verhandlung wegen Zeitmangels voraussetze, daß die letztere auf den nächstfolgenden Tag verlegt werde. Wäre dies richtig, wären also die Schöffen nicht verpflichtet, sich in einem solchen Falle zu einer behufs Erledigung der vertagten Verhandlung vom Amtsrichter auf den 2ten, 3ten oder 4ten Tag nach dem ursprünglich dazu bestimmten Sitzungstage anberaumten Sitzung wieder einzufinden, so würde der § allerdings auf Fälle der §§ 227. 228 StPO. keine Anwendung erleiden, da in solchen Unterbrechungs-Fällen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 228 der Termin zur Fortsetzung der Verhandlung auch auf die vorerwähnten 3 Tage verlegt werden darf, mithin die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Falles von denen des § 50 GVG. abweichen würden, demzufolge die Anwendbarkeit dieses § auf einen solchen Fall ausgeschlossen bleiben müßte. Allein dieser § sagt nicht, daß die Fortsetzung der Amtsthätigkeit der Schöffen nur verlangt werden dürfe, wenn die vertagte Verhandlung auf den nächstfolgenden Tag verlegt werde. Er erfordert ein Mehreres nicht, als: daß die Dauer der Sitzung über den dafür bestimmt gewesenen Tag hinausreiche; wie lange, darüber spricht er sich nicht aus. Es ist auch nicht wahrscheinlich, daß

eine Beschränkung auf den unmittelbar folgenden Tag in der Absicht des Gesetzes gelegen habe. Man unterstelle, daß die Verhandlungen mehrerer Straffälle durch die Nothwendigkeit der Abhörung einer großen Anzahl erst im Termin von den Betheiligten gestellter Zeugen und Sachverständigen und durch sonstige unvorhergesehene Verzögerungen eine Ausdehnung gewinnen, die eine Verlegung einzelner Sachen auf einen anderen Tag unvermeidlich macht, der bei dem Amtsgericht allein fungirende Amtsrichter aber an der Verhandlung derselben am nächstfolgenden Tage durch unaufschiebbare (z. B. Subhastations-) Termine im Civilprozeß verhindert ist. In solchen Fällen, — die selbst bei einem normalen strafrechtlichen Verfahren unausbleiblich sind, sich aber in Folge des von der Justizkomm. dem Regierungs-Entwurfe hinzugefügten § 244 StPO., der das Gericht nöthigt, nicht nur über zweifellos unerhebliche, sondern auch über solche Thatsachen, die es bereits für völlig erwiesen hält, die anwesenden Zeugen zu vernehmen, voraussichtlich noch häufen werden — würde, von Löwe's Ansicht ausgegangen, der Amtsrichter genöthigt sein, entweder die Hauptverhandlung in den nicht erledigten Sachen, ohne Rücksicht auf die Haft von Angeklagten, auf eine der später anstehenden Sitzungen zu verlegen, oder das in der Regel gleichfalls mit einer Verzögerung verknüpfte Ausnahme-Verfahren des § 48 GVG. eintreten zu lassen. Zu einer derartigen Anordnung hätte es aber wohl dem Gesetz an einem genügenden Grunde gefehlt. Denn, verpflichtete dasselbe einmal die Schöffen zur Erledigung der für den Tag ihrer Einberufung bestimmt, aber nicht zu bewältigen gewesenen Straffälle an einem anderen Tage, so wird es hinsichtlich der hiermit verbundenen Erschwerung ihrer Amtsobliegenheiten — gleichviel, ob sie am Orte des Gerichts oder im Bezirke desselben wohnen — in der Regel kaum einen Unterschied machen, ob sie sich am nächstfolgenden, oder am 2ten, 3ten oder 4ten Tage wieder einzufinden haben.

Löwe führt auch Gründe, welche das Gesetz zur Beschränkung jener Verpflichtung der Schöffen auf den nächstfolgenden Tag hätten bestimmen können, nicht an; er betont nur das im § 50 GVG. gebrauchte Wort „Erstrecken", weil der Begriff desselben dann nicht mehr zutreffe, „wenn die Fortsetzung der Verhandlung am nächstfolgenden Tage nicht thunlich sei." Will man es aber auch nicht für bedenklich

halten, die Wahl jenes Wortes in der hier fraglichen Beziehung für sich allein als entscheidend anzusehen, obgleich der damit zu verbindende Sinn so wenig wie die hier vorliegende Frage, in der Justizkomm. besprochen worden ist, so dürfte doch dasselbe die Anwendbarkeit der Vorschrift des § auf einen späteren als den dem ursprünglichen Sitzungstag nächstfolgenden Tag nicht ausschließen. Allerdings deutet der Ausdruck „sich erstrecken" — wie er ja auch im § 95 GVG. hinsichtlich der Schwurgerichts-Periode gebraucht ist — auf eine Kontinuität hin; diese braucht aber nicht nothwendig in Bezug auf die Zeit vorzuwalten, sie kann vielmehr auch darin gefunden werden, daß das Sachliche, um welches es sich handelt, ungeachtet seines Zerfallens in Theile und der zeitlichen Trennung der letzteren, eine Einheit herstellt. In § 50 ist jener Ausdruck im Betreff der „Dauer einer Gerichtssitzung" gebraucht. Unter der Gerichtssitzung, zu der die Schöffen einberufen werden, haben dieselben aber — und darauf scheint es hier anzukommen — nach Inhalt der oben in Bezug genommenen dem § 50 vorangehenden §§ die sämmtlichen für den Sitzungstag, zu welchem sie einberufen worden, bestimmten, aus dem betreffenden Aushange in atrio fori ersichtlichen Verhandlungen zu verstehen. Dies ins Auge gefaßt, dauert die von den Schöffen wahrzunehmende Sitzung bis zur erfolgten Erledigung sämmtlicher in dem Aushange aufgeführter Straffälle, und es wird von jenem Gesichtspunkte aus weder für sprachwidrig, noch für unlogisch gelten können, wenn in Fällen, wo ein Theil derselben auf einen anderen — gleichviel, ob unmittelbar oder später folgenden Tag — verlegt worden ist, gesagt wird: die Dauer der Sitzung erstreckte sich über den Tag hinaus, zu welchem die Schöffen zunächst einberufen waren.

Wird dem aber beigestimmt, also mit **Hauck** gegen **Löwe** angenommen, daß die Schöffen nach dem § 50 im Falle einer durch Zeitmangel herbeigeführten Verlegung einzelner Straffälle „auf einen der nächsten Tage" ihre Amtsthätigkeit — wie der § sagt — fortsetzen (nicht: wiederbeginnen) müssen, so wird die Vorschrift desselben, Mangels einer diese Auslegung ausschließenden Bestimmung, um so mehr auf den — den eigentlichen Kontroverspunkt bildenden — Fall anzuwenden sein: wenn die Verlegung eines Straffalls nicht durch Zeitmangel, sondern durch eine aus den oben erwähnten Gründen nothwendig ge-

wordene Unterbrechung der Verhandlung desselben (§§ 227. 228 StPO.) herbeigeführt wird, und ihre Wiederaufnahme zwar am nächstfolgenden Tage nicht ausführbar ist, derselben aber am 2., 3. oder 4. Tage nichts entgegensteht. Denn, wären die Schöffen nicht verpflichtet, bei der Fortsetzung der Verhandlung an einem dieser letzteren Tage mitzuwirken, wäre der Amtsrichter vielmehr in solchen Fällen stets genöthigt, die Hauptverhandlung in einer der späteren Sitzungen zu erneuern, so würde dadurch der Zweck, welchen das Gesetz mit der durch die §§ 227. 228 StPO. nachgelassenen Fortsetzung der Verhandlung innerhalb vier Tagen verbindet, für das schöffengerichtliche Verfahren vereitelt, es würden alle die wesentlichen Uebelstände — mit Kostenvermehrung und Belästigung der Zeugen verknüpfte Erneuerung der bereits erfolgten Beweisaufnahme, Verlängerung der Haft von Angeklagten u. s. w. — eintreten, denen das Gesetz vorbeugen wollte.

Löwe sagt zwar mit Recht: „Daraus, daß nach § 228 StPO. die Fortsetzung einer unterbrochenen Verhandlung noch binnen vier Tagen zulässig bleibt, ist nicht zu folgern, daß zu einer Fortsetzung der Verhandlung am 2., 3. oder 4. der folgenden Tage die Heranziehung der Schöffen der früheren Sitzung statthaft sei.“ Die vorstehende Argumentation leitet aber auch die Verpflichtung der Schöffen zum Wiedererscheinen an jenen Tagen nicht aus dem § 228 StPO. her, deduzirt vielmehr: daß die Schlußworte des § 50 GVG. den Schöffen die Verpflichtung zur Erledigung der für den Sitzungstag bestimmt gewesenen Straffälle überhaupt auflege, eine Vertagung über den vierten Tag nach jener Sitzung hinaus aber wegen der Vorschrift des § 228 StPO. unstatthaft sei. —

Der bereits erwähnten Belästigung, welche den Schöffen bei Durchführung dieses Prinzips erwächst, läßt sich — wie hier im Exkurse bemerkt werden mag — durch einen entsprechenden Ausloosungs-Modus zum größten Theile vorbeugen. Es herrscht unter den Kommentatoren Einverständniß darüber, daß der § 45 GVG., Mangels jeder näheren Bestimmung über das bei der Ausloosung der Schöffen zu beobachtende Verfahren, mehrere völlig von einander verschiedene Ausloosungsarten zuläßt. Vergl. **Dochow** S. 42, **Hauck** S. 71, **Keller** S. 69, **Löwe** S. 63. 4 und S. VII Bemerkung zu S. 63, **Mewes**

S. 23 Note 42, **Voitus** S. 43. Zur Erreichung des gedachten Zwecks dient es, wenn nach vorgängiger Proklamirung dieses Auslosungsprinzips die beiden Schöffen, deren Namen zuerst aus der Urne gezogen werden, für die ersten fünf (event. vier) Sitzungstage, die bei der darauf folgenden Herausnahme zweier Loose sich ergebenden beiden Schöffen für die Sitzungstage 6 bis 10 und so fort bestimmt werden. Diese Auslosungsart hatte **Löwe** S. 63 für zulässig erachtet, **Voitus** a. a. O. 2 Abs. 3 motivirend empfohlen. Nachdem jedoch **Keller** sich a. a. O. 1 Abs. 2 gegen diese Prozedur, als die Willkür des Amtsrichters nicht ausschließend, ausgesprochen hatte, ist **Löwe** S. VII dem beigetreten. Gleichwohl hat die „Bekanntmachung der Ministerien des Innern und der Justiz des Großh. Mecklenburg-Schwerin vom 26. Juni 1879" (**von Amsberg** „Verordn. zur Ausführung der Reichsjustizgesetze S. 263. 3"), unter Erwähnung der ursprünglichen Ansicht **Löwe's**, derselben den Vorzug gegeben und demgemäß bestimmt: „Die Reihenfolge, in welcher die Hauptschöffen an den einzelnen ordentlichen Sitzungen Theil zu nehmen haben, bestimmt sich durch die Reihenfolge, in welcher ihre Namen ausgelost sind. Unter Beobachtung dieser Reihenfolge sind die Hauptschöffen auf die einzelnen ordentlichen Sitzungstage des Geschäftsjahres in der Art zu vertheilen, daß der einzelne Schöffe an so viel unmittelbar aufeinander folgenden ordentlichen Sitzungen Theil zu nehmen hat, als auf ihn während des Geschäftsjahres treffen". Zur Motivirung dieser Anordnung ist mit dem Bemerken, daß in anderen Ländern, in welchen das Institut der Schöffengerichte bestehe, das entsprechende Verfahren eingeführt sei, auf die §§ 225. 228 hingewiesen. Im Einklange hiermit ist gleichfalls unter Bezugnahme auf den § 228 bestimmt, daß je zwei Sitzungen einander so nahe zu rücken seien, daß zwischen den einzelnen Sitzungen ein Zeitraum von höchstens drei Tagen liege, damit im Falle einer Unterbrechung die Hauptverhandlung an dem nächsten ordentlichen Sitzungstage fortgesetzt werden könne, und die ordentlichen Schöffen derart vertheilt würden, daß sie an aufeinander folgenden ordentlichen Sitzungen Theil zu nehmen hätten. —

Worauf **Keller's** Besorgniß beruht, daß bei dieser Auslosungsart eine Willkür des Amtsrichters einwirken könne, ist nicht ersichtlich. Entscheidet das Loos, so vermag der Amtsrichter eine Einwirkung

auf die Vertheilung der Schöffen so wenig in dem Falle auszuüben, wenn durch eine einmalige Ziehung desselben für den aus der Urne hervorgehenden Schöffen fünf aufeinander folgende Sitzungen, als wenn durch fünfmalige Ziehungen je eine Sitzung bestimmt wird. Die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Persönlichkeit der Schöffen bei der Vertheilung der zu verhandelnden Straffälle auf die einzelnen Sitzungstage — zu der der Amtsrichter ohnehin in den seltensten Fällen Veranlassung finden dürfte — ist aber bei jedem anderen Ausloosungs-Modus ebensowenig ausgeschlossen, als bei dem hier empfohlenen.

Auch die Bemerkung von Mewes: eine derartige Zusammenlegung sei geeignet, der Absicht des Gesetzes zuwider, eine Erschwerung des Schöffendienstes mit sich zu führen, dürfte gegen die gedachte Anordnung nicht geltend zu machen sein. Ist es doch nicht unwahrscheinlich, daß die Mehrzahl der Schöffen vorziehen wird, durch eine höchstens fünfmalige Amtsthätigkeit innerhalb eines Zeitraums von — der Regel nach — 18 Tagen für den ganzen übrigen Theil des Jahres Befreiung von dem Dienste zu erlangen, als die in ungleichmäßigen Zwischenräumen auf das Geschäftsjahr vertheilten einzelnen Sitzungen wahrnehmen zu müssen.

Entzieht der Abs. 1 des § 209 StPO. auch der Staatsanwaltschaft das Recht der Beschwerde gegen einen das Hauptverfahren eröffnenden Gerichtsbeschluß?

Diese Streitfrage, welche besonders mit Rücksicht auf den im § 206 vorgesehenen Fall einer dem Antrage der Staatsanwaltschaft zuwider erfolgten Eröffnung des Hauptverfahrens Interesse darbietet, wird bedingungslos bejaht von

Keller. Er sagt zunächst S. 216. 1.

„Die Anfechtung des über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergehenden Beschlusses ist im Abs. 2 (des § 209) bezüglich der Staatsanwaltschaft erschöpfend und mit Ausschluß anderer Rechtsmittel geregelt",

und erklärt dann S. 217. 3, nach Voranschickung der in den Mot. zum Entw. einer StPO. für das der Staatsanwaltschaft im Abs. 2 speziell gewährte Beschwerderecht angeführten Gründe:

„Dagegen hat die Staatsanwaltschaft in anderen Fällen, in welchen ihrem Antrage nicht entsprochen wird, kein Rechtsmittel, z. B. im Falle des § 206." — Ferner von

Puchelt. Er bemerkt vorweg (S. 364. 2 unten) zur Rechtfertigung der Ansicht, daß dem Angeklagten auch in den Fällen der §§ 202. 203. 208 eine Beschwerde nicht zustehe:

„Der § 209 will sichtbar die ganze Materie ordnen (Mot. S. 175. 176), so daß nach dem alten Satze „qui dicit de uno negat de altero" nur die ausdrücklich bewilligten Rechtsmittel gestattet sind; es steht also arg. e contr. des § 209 Abs. 2 dem Angeschuldigten in den gedachten Fällen die Beschwerde nicht zu."

Im unmittelbaren Anschluß hieran fährt er in der Note 3 S. 365 fort:

„Die Staatsanwaltschaft hat nach dem in der obigen Anm. 2 aufgestellten Grundsatze keine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß, außer der von ihrem Antrage abweichenden Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung."

Von dieser Ansicht entfernen sich mehr oder minder

Dalcke, welcher S. 135. 2 ausführt:

„Dem Staatsanwalt steht eine Beschwerde auch für den Fall der Eröffnung des Hauptverfahrens zu. Denn ausdrücklich ausgeschlossen ist nur die Beschwerde des Angeklagten."

„Die Beschwerde des Staatsanwalts muß überall da für zulässig angesehen werden, wo er nicht bloß ein persönliches Interesse des Angeklagten, sondern abgesehen von dem letzteren, ein allgemeines rechtliches Interesse geltend macht. Dies würde z. B. der Fall sein, wenn der Staatsanwalt behauptet, daß die Beschlußfassung ohne einen bezüglichen Antrag seinerseits erfolgt sei."

In Bezug auf den Fall einer gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgten Eröffnung des Hauptverfahrens erachtet **Dalcke** die Beschwerde für unzulässig, wenn der Eröffnungsbeschluß nur auf einer mit der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht übereinstimmenden Würdigung der Beweise beruht.

„Hat also" — sagt er — „der Staatsanwalt wegen mangelnden Beweises Einstellung des Verfahrens beantragt, das Gericht aber dennoch die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen, so kann er diesen Beschluß nicht anfechten, vielmehr hat er die Anklage zu erheben. Dies ergiebt sich aus § 206."

Aus dieser letzteren Argumentation wird zu folgern sein, daß **Dalcke** für Fälle des § 206 Abs. 1 die Beschwerde dann für zulässig hält, wenn der Eröffnungsbeschluß auf einer von der Meinung der Staatsanwaltschaft abweichenden r e c h t l i c h e n Ansicht beruht. —

Löwe S. 567. 3a will auch in den Fällen des § 206 Abs. 1 die Beschwerde gänzlich ausschließen.

„Von der S t a a t s a n w a l t s c h a f t — führt er aus — kann der das Hauptverfahren e r ö f f n e n d e Beschluß nicht zu dem Zwecke angefochten werden, damit ein Einstellungsbeschluß erlassen werde; dies gilt auch dann, wenn die Eröffnung des

Hauptverfahrens gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft beschlossen worden ist." (§. 206.)

Nur dann hält er eine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß für statthaft, wenn das Gericht bei der Beschlußnahme die Grenzen der erhobenen öffentlichen Klage überschritten, also das Hauptverfahren wegen eines gar nicht zum Gegenstande der Klage gemachten Straffalles, oder gegen eine von der Staatsanwaltschaft nicht angeschuldigte Person eröffnet habe.

Weiter als die vorstehend aufgeführten Kommentatoren gehen bezüglich der Zulässigkeit einer Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß **Fuchs, Thilo** und **Voitus**.

Ersterer (v. Holtzendorff, Handbuch des St.-Pr.-Rechts Bd. II S. 46 unten) führt aus:

„Uebrigens steht dem Staatsanwalt, wenn gegen seinen Antrag das Hauptverfahren eröffnet worden ist, die Beschwerde zu. Dies folgt daraus, daß im § 209 ausdrücklich bestimmt ist, der Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet worden, könne „von dem Angeklagten" nicht angefochten werden. Da nur der Angeklagte besonders hervorgehoben und die Nichtanfechtung des Beschlusses nicht überhaupt gesetzlich ausgesprochen ist, so erscheint die Anklagebehörde von dieser Beschränkung befreit. Es folgt aber auch aus der allgemeinen Vorschrift des § 346, wonach die Beschwerde gegen alle gerichtlichen Beschlüsse zulässig ist, soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich der Anfechtung entzieht."

Thilo S. 230. 2 zu § 206:

„Ist von der beschließenden Strafkammer gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einstellung des Verfahrens die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden, so steht gegen diesen Beschluß der Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der Beschwerde zu, da dieselbe für den Fall der Eröffnung des Hauptverfahrens nur dem Angeklagten nicht gegeben ist." (§ 209 Abs. 1.)

Voitus S. 247. 1:

„Ist im Falle des § 206 das Hauptverfahren gegen den

Antrag der Staatsanwaltschaft eröffnet, so steht derselben nach der allgemeinen Vorschrift des § 346, und da der Abs. 1 nur dem Angeklagten das Beschwerderecht entzieht, die gewöhnliche Beschwerde zu."

von Schwarze beschäftigt sich in den von **Puchelt** am oben a. O. in Bezug genommenen Ausführungen S. 373 Nr. 4—6 theils mit dem — außerhalb der Kontroverse liegenden — Falle, wenn in dem Eröffnungsbeschluß die Strafthat anders, als von der Staatsanwaltschaft geschehen, juristisch qualifizirt worden, theils mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ablehnung eines Anklageantrages der Staatsanwaltschaft; aus derselben ist daher für dessen Ansicht in Bezug auf die hier streitigen, eine erfolgte Eröffnung des Hauptverfahrens voraussetzenden Streitfragen, nichts herzunehmen.

Die Ansicht **Puchelt's** und **Keller's**, daß gegen einen Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet worden, der Staatsanwaltschaft eine Beschwerde überhaupt nicht zustehe, wird für richtig nicht zu erachten sein. Die von Ersterem dafür angeführten Gründe erscheinen nicht überzeugend.

Zunächst läßt sich der von ihm in der Note 3 durch Hinweisung auf die Note 2 aufgestellte Satz: daß „der § 209 sichtbar die ganze Materie habe ordnen (soll jedenfalls heißen: keine andere als die darin speziell bezeichnete Beschwerde habe zulassen) wollen, aus den darin in Bezug genommenen Mot. zum Entwurf wohl nicht herleiten. Diese rechtfertigen bei Besprechung des § 173 des Entw. (§ 209 StPO) vorweg (zu Nr. 5 A. Deutscher Reichstag. II. Legislaturperiode. II. Session 1874 S. 116) in den Abs. 1 u. 2 die der Staatsanwaltschaft ertheilte Befugniß zur Einlegung der im Abs. 2 des § bezeichneten Beschwerde, und führen dann in ihren beiden folgenden Abs. (S. 117), ohne der Staatsanwaltschaft zu erwähnen, aus: weshalb dem Angeklagten eine Beschwerde gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht gestattet sei. Die Frage, wie es sich in dieser Hinsicht in Bezug auf die Staatsanwaltschaft verhalte, ist dabei überall nicht ins Auge gefaßt worden, und es würde um so bedenklicher sein, anzunehmen, daß derselben das Recht, auf einen Eröffnungsbeschluß eine Beschwerde zu gründen, unbedingt habe entzogen werden sollen, als im ersten Satze der Mot. bemerkt ist: ein solcher Beschluß habe — im Gegen-

satze zu dem das Verfahren einstellenden oder die Klage der Staatsanwaltschaft abweisenden Beschlusse, welchem die Natur eines Endurtheils beiwohne — nur den Charakter „einer prozeßleitenden Verfügung" — welche doch, Mangels einer entgegenstehenden ausdrücklichen Vorschrift, der Anfechtung mittelst des Rechtsmittels der Beschwerde unterliegt. Scheidet aber **Puchelt's** Voraussetzung hinsichtlich der Absicht der Motive aus, so tritt dadurch zugleich der in Folge derselben von ihm geltend gemachte — ohnehin wohl mit großer Vorsicht bei der Gesetzauslegung zur Anwendung zu bringende — Grundsatz: „qui dicit de uno, negat de altero", hier außer Betracht. Hiernach kann es dahingestellt bleiben, welches Gewicht den Mot. beizulegen sein würde, wenn sie in der That die ihnen von **Puchelt** unterstellte Absicht mit den Bestimmungen des § 209 zum Ausdruck gebracht hätten.

Aus den Vorschriften dieses § selbst wird sich die unbedingte Ausschließung einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den im Abs. 1 bezeichneten Beschluß nicht herleiten lassen. Daß die Worte desselben nicht dahin führen, ist zweifellos: sie sprechen nur vom Angeklagten; und eine Ausdehnung dieser, von der Regel der Anfechtbarkeit der gerichtlichen Beschlüsse abweichenden, Ausnahme-Bestimmung würde nach den allgemeingiltigen Grundsätzen der Gesetzauslegung überhaupt nicht, geschweige denn hier bei Berücksichtigung des § 346 gerechtfertigt erscheinen.

Die entgegengesetzte Meinung findet aber auch eine wesentliche Unterstützung darin, daß die Durchführung der Ansicht von **Keller** und **Puchelt** mit erheblichen Nachtheilen für die Strafrechtspflege verknüpft sein würde. Mit Recht weisen **Dalcke** und **Löwe** auf die Fälle hin, wo das Gericht seine gesetzlichen Befugnisse dadurch überschritten hat, daß es das Hauptverfahren wegen Thaten oder gegen Personen eröffnet, welche die Staatsanwaltschaft nicht zum Gegenstande der Anklageschrift oder der Voruntersuchung gemacht hat. Es leuchtet ein, daß gegen ein derartiges, mit den Bestimmungen der StPO. im Widerspruch stehendes, auch mit den Prinzipien des Anklageprozesses unvereinbares Verfahren Abhülfe im Wege der Beschwerde nicht zu entbehren ist. Wollte man dies nicht anerkennen, so würde selbst dann Schutz gegen die Eröffnung einer Untersuchung dem davon Betroffenen nicht vermit-

telst der Staatsanwaltschaft gewährt werden können, wenn das Strafverfahren mit gänzlicher Umgehung der letzteren eingeleitet worden wäre.

Aber auch über die von **Dalcke** und **Löwe** erwähnten Fälle hinaus wird eine Beschwerde über den Eröffnungsbeschluß zulässig sein; beispielsweise, wenn derselbe den Erfordernissen des § 205 nicht entspricht und die Staatsanwaltschaft in Ungewißheit läßt, wegen welcher That und auf Grund welchen Strafgesetzes gegen den Angeklagten das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Ferner, wenn demselben eine derartige irrthümliche Auffassung des Inhalts der Anklageschrift, insbesondere der Anträge derselben zum Grunde liegt, daß davon nachtheilige Folgen für das Verfahren und das Urtheil zu besorgen sind. Bezüglich aller vorerwähnter Fälle würde die Verschließung des Beschwerdeweges mit einer gesunden Strafrechtspflege unvereinbar sein.

Endlich würde, wenn in der That vom Gesetz beabsichtigt worden wäre, nicht bloß die Beschwerde des Angeklagten, sondern auch die der Staatsanwaltschaft auszuschließen, es für eine äußerst mangelhafte Redaktion gelten müssen, daß, anstatt der allgemeinen Fassung: „Der Beschluß — kann nicht angefochten werden", ausschließlich des Angeklagten Erwähnung gethan wäre.

Von größerer Bedeutung für die Praxis als die vorstehend besprochene allgemeine, dürfte — wie schon Eingangs dieser Abhandlung angedeutet — die speziellere Streitfrage sein: ob der Staatsanwaltschaft das Recht der Beschwerde in dem Falle zusteht, wenn das Gericht gegen den auf Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten gerichteten Antrag derselben auf Grund des § 206 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen hat. Auch diese Frage wird zu bejahen sein.

Gegen die von **Keller** und **Löwe** vertheidigte Verneinung derselben tritt von vorn herein das Bedenken entgegen, daß die darauf bezüglichen Bemerkungen solche Ausführungen, welche jene Ansicht, gegenüber der Vorschrift des § 346 — sei es durch Hinweisung auf eine ausdrückliche Ausnahme-Vorschrift, sei es durch den Nachweis der Unvereinbarkeit der Zulassung einer Beschwerde mit den Bestimmungen des § 206 — zu rechtfertigten versuchten, vermissen läßt, während doch eine derartige Motivirung derselben nicht ausgeblieben sein würde, wenn sich ein Anhalt dazu dargeboten hätte. **Löwe's** allgemeine Be-

merkung zu § 209 (S. 567. 1): „Der § enthält eine Spezialvorschrift gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 346", bezieht sich nicht auf die hier vorliegende, speziell den § 206 betreffende Frage; auch ist ihr eine nähere Motivirung nicht gewidmet.

Bei der Prüfung der von **Fuchs**, **Thilo** und **Voitus** unbedingt, und von **Dalcke** beschränkt für die Zulässigkeit einer Beschwerde im Falle des § 206 Abs. 1 abgegebenen Vota tritt zunächst die Frage entgegen, ob denn überhaupt bei der Aufnahme der Vorschrift des § 209 Abs. 1 in die StPO. an die Bestimmung des § 206 gedacht und beabsichtigt worden sei, dieselbe auf diesen § zur Anwendung zu bringen. Daß der Fall des § 206 an sich den Voraussetzungen des § 209 Abs. 1 in seiner allgemeinen Fassung entspricht, muß ja anerkannt werden; ist doch auch im Fall des § 206 ein „Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet worden", ergangen. Allein schon die Singularität der — wie **Fuchs** a. a. O. S. 42 sagt: „Die erheblichste Abweichung von dem s. g. Anklageprinzip enthaltenden" — Vorschrift des § 206, welche die Eröffnung einer Untersuchung ohne normale Anklage zuläßt, regt den Zweifel an, ob bei der, erst in dem später folgenden § 209 in Bezug auf das Rechtsmittel der Beschwerde getroffene Bestimmung jene Vorschrift des § 206 und die Beziehbarkeit des § 209 auf dieselbe ins Auge gefaßt und erwogen worden sei. Dies Bedenken wird aber noch dadurch verstärkt, daß so wenig in den Mot. als bei der Berathung des § 173 des Entw. (§ 209 StPO.) in der Justizkomm. (Prot. S. 329 u. 936) jenes § 206 und der Anwendbarkeit des ersteren auf ihn Erwähnung geschehen ist. Auch bei der Besprechung des § 206 (§ 169 des Entw.) ist diese Frage weder in den Mot. noch in der Justizkomm. berührt. Prot. S. 321 —326 und 933—935. (Die auf das Rechtsmittel der Beschwerde bezüglichen Bemerkungen der Abg. **Struckmann** und **Thilo** betreffen den § 169 des Entw. nicht.)

Ist aber darüber, ob in Fällen des § 206 der Staatsanwaltschaft eine Beschwerde zusteht, aus dem Inhalte der §§ 206 und 209 und aus der Geschichte ihrer Entstehung nichts zu entnehmen, so folgt die Zulässigkeit einer solchen aus dem § 346 von selbst, da es dann an jedem Anhalt für die Ausschließung derselben fehlt.

Es sprechen aber auch für die Ansicht von **Fuchs** und Gen. nicht nur die oben bei Besprechung des § 209 Abs. 1 angeführten allgemeinen

Argumente, sondern es stehen ihr auch solche Gründe zur Seite, welche sich aus der — bereits oben beregten — Ausnahme-Natur des § 206 ergeben. Ist es schon an sich mit dem Prinzip der Abhängigmachung des Einschreitens des Strafrichters von Anträgen der Anklagebehörde unvereinbar, dem Ersteren das Recht zur Eröffnung des Hauptverfahrens in einem Falle einzuräumen, wo die Staatsanwaltschaft ausdrücklich erklärt, daß sie zu einer Anklage keinen Anlaß finde, so verbietet es sich, ohne eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz, noch einen erheblichen Schritt weiter zu gehen, und aus einer Vorschrift (§ 209 Abs. 1) die der Staatsanwaltschaft gar nicht erwähnt, herzuleiten, daß dieser, der Vorschrift des § 346 entgegen, selbst das Recht der Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluß nicht zustehe. Es fehlt auch zu einer Beschränkung der Staatsanwaltschaft in dem Rechte, behufs Vermeidung einer nutzlosen, mit einer Freisprechung endenden Untersuchung, die Beurtheilung der höheren Gerichtsbehörde herbeizuführen, nicht bloß an jeder Rechtfertigung, sondern es empfiehlt sich vorzugsweise für solche Fälle, durch möglichst eingehende Prüfung der thatsächlichen und rechtlichen Sachlage dem, das Ansehn der Justizbehörden gefährdenden Uebelstande vorzubeugen, daß in der Hauptverhandlung die Staatsanwaltschaft, unter Geltendmachung der für sie bei der Abstandnahme von einer Anklage leitend gewesenen Gründe, auf Freisprechung des Angeklagten anträgt.

Eine fernere Unterstützung findet die Ansicht von **Fuchs** und Gen. bei Erwägung der Inkonsequenz, welche aus der Vorschrift des § 196 StPO. einer- und der des § 168 andererseits — mindestens vom praktischen Standpunkte aus — zur Evidenz entgegentritt, und welche durch die Ausschließung der Beschwerde in Fällen des § 206 ihren Höhepunkt erreichen würde. Nach dem § 196 hängt bei stattgehabter Voruntersuchung die Beschlußnahme über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens lediglich vom Gericht ab. Hat dagegen eine Voruntersuchung nicht stattgefunden, so fällt der Beschluß ausschließlich der Staatsanwaltschaft anheim, und zwar gleichviel, ob sich dieselbe bei ihren Ermittelungen auf ihre eigenen, bzhw. ihrer Organe, Nachforschungen und Vernehmungen (§ 159) beschränkt, oder ob sie — wie ihr unbenommen ist — in völlig gleichem Umfange, wie es in einer Voruntersuchung hätte geschehen können, gerichtliche Ver-

nehmungen herbeigeführt hat. In diesem letzteren Falle hat das Gericht, so sehr es auch bei gelegentlicher Einsicht der staatsanwaltschaftlichen Akten von der Nothwendigkeit der Erhebung einer Anklage überzeugt sein mag, kein Mittel, der Abstandnahme der Staatsanwaltschaft von einer solchen entgegenzutreten. Nun findet aber eine Voruntersuchung in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen überhaupt nicht, und bei den vor die Landgerichte gehörigen nur ausnahmsweise statt (§ 176); in der bei weitem überwiegenden Mehrzahl der Straffälle ist daher die Staatsanwaltschaft bezüglich der Abstandnahme von einer Anklage vom Gericht durchaus unabhängig. Es sind auch die Delikte, bei denen auf Antrag die Voruntersuchung eingeleitet wird, keineswegs nothwendig wichtigere, mit schwereren Strafen bedrohte, als diejenigen, in welchen das Hauptverfahren ohne vorgängige Voruntersuchung eröffnet wird. Beantragt der Angeklagte die Voruntersuchung, so wird, wie auch **Fuchs** a. a. O. S. 19 u. 23 bemerkt, ihm in der Regel in favorem defensionis gewillfahrt werden, auch wenn ihn im Falle seiner Verurtheilung eine mäßige Strafe erwartet. Muß es hiernach de lege ferenda schon bedenklich erscheinen, lediglich von der Zufälligkeit, ob der Angeklagte die Voruntersuchung beantragt oder nicht, die Befugniß des Gerichts abhängig zu machen, im Bruch mit dem Anklageprinzip das Hauptverfahren gegen den Willen der zur Anklage berufenen Behörde zu eröffnen und die letztere zu nöthigen, eine Anklageschrift anzufertigen, so muß sich dies Bedenken doch noch erheblich steigern, wenn die Staatsanwaltschaft dem Verlangen des Gerichts erster Instanz unbedingt, und ohne Beschwerde einlegen zu dürfen, selbst in dem Falle nachkommen müßte, wenn die dem Eröffnungsbeschlusse zum Grunde liegende Ansicht mit klaren gesetzlichen Vorschriften, bzhw. konstanter Praxis des Reichsgerichts im Widerspruche stände.

Daß die Schlußworte des Abs. 1 des § 206, welche der Staatsanwaltschaft die Einreichung einer Anklageschrift zur Pflicht machen, auf die hier vorliegende Frage von keinem Einfluß sind, wird nicht zweifelhaft erscheinen. Sie sind, wie die betreffenden Berathungen der Justizkomm. in zweiter Lesung — in Uebereinstimmung mit dem § 169 des Entw. — beschlossen, nachdem darüber debattirt worden

war, ob es in einem solchen Falle einer Anklageschrift bedürfe, oder ob der Eröffnungsbeschluß des Gerichts genüge. —

Wird aus vorstehenden Erwägungen der Ansicht von **Fuchs** und Gen. über die Zulässigkeit der Beschwerde gegen den Beschluß des § 206 beigetreten, so wird auch nicht mit **Dalcke** zu unterscheiden sein, ob dieselbe auf Rechtsgründe, oder auf thatsächliche Momente gestützt wird. Weder der § 346, noch der § 209 Abs. 2 statuirt diese Unterscheidung. Zu einer solchen dürfte auch in Betracht, daß es sich hier noch darum handelt, ob Veranlassung zur Eröffnung eines Strafverfahrens vorhanden sei, ein genügender Grund nicht vorliegen, zumal die Meinungsverschiedenheit zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht in dem letzteren jener beiden Fälle nicht bloß die Zulänglichkeit der Beweismittel, sondern auch die Frage betreffen kann, ob unter den vorwaltenden Umständen das Verhalten des Beschuldigten strafbar erscheine. Beispielsweise wird dies eintreten, wenn es zweifelhaft erscheint, ob eine Feuersbrunst durch strafbare Fahrlässigkeit verschuldet, oder ob dem Beschuldigten nur ein so geringer Grad von Mangel an Vorsicht beigemessen werden könne, daß das Ereigniß, welches den Brand zur Folge hatte, überwiegend einem Casus zuzuschreiben sei.

Ist in Fällen des § 232 StPO. dem Gericht gestattet, auf eine andere als die im Abs. 1 bezeichnete Strafe zu erkennen?

Diese Kontrovers-Frage wird verneint von

Dalcke. Er sagt S. 148. 2: „Findet der Richter in der Hauptverhandlung, daß er doch auf eine höhere Strafe erkennen muß, als die im Abs. 1 bezeichnete, so muß die Sache vertagt und das Erscheinen des Angeklagten nachträglich angeordnet werden.“ — In ganz gleicher Weise sprechen sich aus

Dochow S. 182, **von Schwarze** S. 391. 5, **Keller** S. 237. 5 und **Löwe** S. 599. 6; die beiden Letzteren unter Hinweisung auf die Mot. zum Entwurf.

Thilo sagt S. 265. 4, gleichfalls auf die Mot. Bezug nehmend:

„Es versteht sich von selbst, daß, wenn das Gericht das hier bezeichnete Verfahren eingeschlagen hat, sodann aber in der Hauptverhandlung eine höhere Strafe für angemessen erachtet, das persönliche Erscheinen des Angeklagten nachträglich angeordnet werden muß.“

Bejaht wird dagegen die obige Frage von

Fuchs (v. Holtzendorff, Handbuch des Strafprozeßrechts Bd. II S. 69). Derselbe führt aus:

„In der Justizkomm. ist diese wichtige Frage mit auffallendem Stillschweigen übergangen worden; die Mot. S. 133 meinen, es verstehe sich von selbst, daß in solchen Fällen das persönliche Erscheinen des Angeklagten erforderlich werde. Dieser Ansicht tritt **von Schwarze** ohne besondere eigene Begründung bei, ebenso **Löwe**, während **Voitus** mit guten Gründen die An-

sicht vertheidigt, daß in solchen Fällen ohne neue Hauptverhandlung zur Fällung des Urtheils geschritten werden darf. Diese Ansicht erachten wir auch für die richtige. Das Gesetz macht ausdrücklich das Nichterscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung davon abhängig, daß voraussichtlich keine andere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu 6 Wochen oder Geldstrafe erkannt werden wird, nicht davon, daß keine höhere Strafe demnächst erkannt worden ist. Der Grund für die Gestattung der Abwesenheit des Angeklagten ist also nur eine Möglichkeit, nicht eine Gewißheit und findet seine Rechtfertigung in der gewissenhaften Ueberzeugung des erkennenden Richters. Zu einer Verschleppung der Sache ist aber um so weniger Veranlassung, als hier bei Entbindung des Angeklagten vom persönlichen Erscheinen seine gerichtliche Vernehmung jedenfalls vorher in der Art bewirkt werden muß, wie solche in der Hauptverhandlung vorgenommen zu werden pflegt, nämlich unter Benachrichtigung des Staatsanwalts und des Vertheidigers, denen die Befugniß, das Fragrecht auszuüben, gewahrt wird. Aendert sich der rechtliche Gesichtspunkt in der Hauptverhandlung, in welcher der Angeklagte nicht erscheint, selbst zu dessen Ungunsten, so ist dies auch kein Grund zur Vertagung, da in dem besonderen Antrage, aus der Audienz wegbleiben zu dürfen, ein Verzicht auf die in der Hauptverhandlnng geltend zu machenden Privilegien zu finden ist."

Wie schon aus Vorstehendem hervorgeht, ist derselben Ansicht

Voitus S. 267. Er schickt voran, daß die Frage weder im Gesetz ausdrücklich entschieden, noch in der Justizkomm. zur Sprache gekommen sei, theilt dann die schon erwähnte Bemerkung der Mot. mit und fährt fort:

„Für selbstverständlich dürfte der (von den Mot. aufgestellte) Satz wohl nicht gelten können. Macht das Gesetz die Zulässigkeit des Ausnahmeverfahrens unbedingt lediglich davon abhängig, daß das Gericht zur Zeit der Anberaumung der Sitzung zur Hauptverhandlung (müßte heißen: der Beschlußnahme über den Antrag des Angeklagten) die Verhängung einer, das im § bezeichnete Maß nicht übersteigenden Strafe voraussieht, ohne

dabei anzuordnen, daß der den Angeklagten von dem Erscheinen in der Hauptverhandlung dispensirende Beschluß wieder aufgehoben werden müsse, wenn sich in der Hauptverhandlung auf Grund stattgehabter Beweisaufnahme die Angemessenheit einer höheren Strafe herausstellt, so erscheint es um so bedenklicher, die Nothwendigkeit der persönlichen Vorladung und einer Erneuerung des ganzen Verfahrens als vom Gesetz zweifellos gewollt, zu unterstellen, als mit der Wiederholung des Verfahrens der Regel nach eine Vermehrung der Kosten und stets eine Verzögerung der Untersuchung verknüpft sein wird, der Angeklagte aber, welcher unbedingt seine Befreiung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung beantragte, keinen Grund zur Klage hat, wenn nach Willfahrung dieses Antrages, die nach der Entwickelung der Sachlage in der Hauptverhandlung als angemessen sich ergebende Strafe über ihn verhängt wird.

Hätte der § in der That den in den Mot. vorausgesetzten Sinn haben sollen, so hätte er — wenn nicht eine dem entsprechende ausdrückliche Bestimmung in sich aufnehmen, so doch — mindestens anordnen müssen, daß dem Antrage des Angeklagten nur unter der demselben bekannt zu machenden Bedingung stattzugeben sei, daß die gegen ihn zu erkennende Strafe die in dem § gesteckten Grenzen nicht überschreiten werde."

Zum Zwecke der Raumersparung und der Vermeidung theilweiser Wiederholungen empfiehlt es sich, einen Theil der von **Voitus** angeführten Gründe in die nachfolgenden Argumente zu verweben, deren Ausführlichkeit in der von **Fuchs** hervorgehobenen Bedeutung der Streitfrage für die Praxis ihre Rechtfertigung finden wird.

Wie bei einer erheblichen Zahl anderer durch Vorschriften der StPO. angeregter Zweifel, wird auch im vorliegenden Falle die Entscheidung davon abhängen, welchen Einfluß man den s. g. Materialien — hier ausschließlich den Mot. zu dem Entw. der StPO. — auf die Auslegung der Gesetze beimißt. Das Bedenkliche des „Motiven-Kultus" und die Nothwendigkeit, die Vorschriften wie überhaupt, so auch die in den neuen Reichs-Justizgesetzen enthaltenen, aus sich selbst zu erklären, und die Mot. wie auch die Prot. der Justizkomm. und die Ste-

nogr. Berichte des Reichstags nur ausnahmsweise als Interpretations-Hülfsmittel in solchen Fällen zu brauchen, wo der Inhalt der zur Anwendung zu bringenden Vorschrift zu Zweifeln Anlaß giebt, zu deren Behebung die Geschichte der Entstehung der ersteren geeignet sein kann, ist bereits anderweit (s. auch S. VI der Einl. zu Hft. 1 der „Kontroversen") ausgeführt worden. Hier möge nur die Bemerkung Dr. **Binding's** (Die deutschen Strafgesetzbücher. Einl. S. IV u. V) Platz finden: „Die Auslegung, wo sie nöthig, soll sich rücksichtslos immer nur an das Gesetz selbst halten und dessen Inhalt zu erschließen suchen, ganz gleichgiltig dagegen, ob derselbe mit den Intentionen der Motive, oder der Antragsteller im Reichstage übereinstimmt."

Welchen Werth man aber auch den Mot. zur StPO. beilegen möge, würde es sich doch in dem hier vorliegenden Falle um so weniger rechtfertigen lassen, die mehrerwähnte Bemerkung derselben für entscheidend zu erachten, als dieselben für ihr — schon an sich bedenkliches — „selbstverständlich", Gründe nicht anführen, geschweige denn dasselbe aus dem Inhalte des § selbst zu motiviren versuchen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Voraussetzungen, von denen sie ausgehen, mit den Bestimmungen des Abs. 1 des § nicht im Einklange stehen. S. 132 heißt es nach Voranschickung, daß der § 196 des Entw. (§ 232 StPO.) bezwecke, der großen Härte, zu welcher ein allzustrenges Festhalten an dem Grundsatz des § 229 StPO. für den Angeklagten führen würde, vorzubeugen:

> „Ist nämlich die den Angeklagten erwartende Strafe eine sehr geringfügige, so stellt, wenn sein Aufenthalt vom Orte des zuständigen Gerichts weit entfernt ist, der Zwang zum Erscheinen für ihn häufig ein größeres Uebel dar, als es die Strafe selbst ist." Ferner S. 133: Es lasse sich in zahlreichen Fällen übersehen, daß wegen der in die Augen springenden Geringfügigkeit der That entweder auf die niedrigste Strafe, oder doch auf ein dieselbe nur wenig übersteigendes Strafmaß zu erkennen sein werde."

Nun fehlt es aber in dem § an jeder Hindeutung darauf, daß das Gesetz denselben nur, wenn das niedrigste oder ein diesem ganz nahe liegendes Strafmaß in Aussicht stehe, angewandt haben wolle; dasselbe hat vielmehr dadurch, daß es das dort vorgeschriebene Verfahren in

Bezug auf Geldstrafe **ohne jede** Begrenzung zuläßt, den Gerichten überlassen, von der ihnen in dem § eingeräumten Befugniß in Fällen der Zweckmäßigkeit, völlig unbeschränkt, auch dann Gebrauch zu machen, wenn eine sehr hohe Geldstrafe mit Sicherheit zu erwarten steht. Dieselben werden oft durch Willfahrung des Antrages des in weiter Entfernung vom Gerichtssitz wohnenden Angeklagten dem Interesse desselben auch in solchen Fällen entsprechen, wo er, wie bei Hinterziehungen von Zoll-, Steuer- und dergl. Abgaben, zwar eine Tausende von Mark betragende, nach dem Duplum, Quadruplum u. s. w. der defraudirten Gefälle zu bemessende, also in sich feststehende Strafe zu erwarten, aber die ihm zur Last gelegte That mit allen Nebenumständen zugestanden hat.

Hiernach wird der gedachten Bemerkung der Mot. das entscheidende Gewicht nicht zuzugestehen sein, welches **Keller**, **Löwe** und **Thilo** ihr beilegen — wie dies aus ihrer ausschließlichen Hinweisung auf dieselben zu folgern sein dürfte.

Die Verhandlungen der Justizkomm. lassen — wie schon von **Fuchs** bemerkt — die vorliegende Frage unberührt (Prot. S. 344. 947); dasselbe gilt von dem „Berichte" derselben (S. 59).

Wird aber bei Prüfung der Streitfrage der **Inhalt** des § 232 zum Grunde gelegt, so scheint von vornherein für die Ansicht von **Fuchs** und **Voitus** eine Unterstützung darin gefunden werden zu dürfen, daß die Vertreter der entgegengesetzten Meinung nicht versucht haben, diese an der Hand der Worte des § 232 und der Bestimmungen dabei ins Auge zu fassender anderer §§ als richtig nachzuweisen — ein Versuch, den sie bei dem Interesse, welches die Frage darbietet: ob die Hauptverhandlung nach vollständiger Beweiserhebung und stattgehabten Plaidoyers der Staatsanwaltschaft und des etwa anwesenden Vertheidigers lediglich aus dem Grunde für nutzlos und vergeblich erachtet werden müsse, weil das Gericht z. B. anstatt einer sechswöchentlichen auf eine achtwöchentliche Freiheitsstrafe erkennen zu müssen glaube — keinenfalls unterlassen haben würden, wenn derselbe ein ihrem Votum günstiges Ergebniß hätte erzielen lassen.

In der That bieten auch die bei der Auslegung des § in erster Linie für maßgebend zu erachtenden Worte desselben, eine Unterstützung für die hier bekämpfte Ansicht nicht dar. Dieselben machen die Zuläs-

sigkeit der Verhandlung und Aburtheilung der Anklage ohne Anwesenheit des Angeklagten im Falle weiter Entfernung seines Aufenthaltsortes vom Gerichtssitze lediglich davon abhängig: daß erstens dieser seine Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung beantragt, und zweitens, daß das Gericht zur Zeit der Prüfung dieses Antrags der Meinung ist, daß nach damaliger Sachlage eine andere Strafe, als die in dem § bezeichnete nicht werde erkannt werden. Davon, daß wenn diese Voraussetzung sich nicht bestätigt — gleichviel, ob in Folge des Ergebnisses der Beweisaufnahme, oder, weil (wie bei Schöffengerichten, wo der Amtsrichter allein über den Antrag des Angeklagten befindet, leicht vorkommen kann) das erkennende Gericht auch bei unveränderter Sachlage eine höhere Strafe für angemessen erachtet — die Hauptverhandlung ausgesetzt und der Angeklagte zu einem neuen Audienztermin vorgeladen und das gesammte Beweisverfahren wiederholt werden müsse, findet sich in dem § keine Andeutung. Gleichwohl hätte eine hierauf bezügliche ausdrückliche Bestimmung, wenn sie in der That der Absicht des Gesetzes entsprochen hätte, unverkennbar zur Vollständigkeit des § gehört, und sie wäre um so unerläßlicher gewesen, als die Lage des Angeklagten eine wesentlich andere ist, wenn er die Beendigung der Untersuchung in der ersten Hauptverhandlung mit Sicherheit zu erwarten hat, als wenn ihn für den Fall einer geringen Ueberschreitung der 6wöchentlichen Freiheitsstrafe der Nachtheil zweimaliger nutzloser Verzögerung der Sache (§ 232 Abs. 2) und außerdem die Kosten zweimaligen Hauptverfahrens, einschließlich der Zeugengebühren u. s. w. treffen. Beim Mangel einer dies anordnenden gesetzlichen Vorschrift würde es auch bedenklich sein, den Angeklagten bei der Ladung auf jene Eventualität aufmerksam zu machen. Gleichwohl muß denselben ohne eine solche Eröffnung Seitens des Gerichts die Besorgniß solcher mit seinem Antrage für ihn verknüpfter Nachtheile völlig fern liegen, da das Gesetz nichts darüber enthält, und dem von ihm unbedingt gestellten Antrage auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung, Seitens des Gerichts ebenso unbedingt gewillfahrt worden ist.

Hiernach muß man, um zu der Ansicht von **Dalcke** und Gen. zu gelangen, von Hause aus präsumiren, daß das Gesetz in Bezug auf eine wesentliche Bestimmung der Vorwurf einer Lücke treffe, die durch

den Richter bei der Anwendung des § behoben werden müsse. Jene Voraussetzung dürfte aber ausscheiden, wenn der Abs. 1 des § in Verbindung mit dem ihm unmittelbar vorangehenden § 231 ins Auge gefaßt wird.

In diesem letzteren § hat das Gesetz die Höhe der gegen den Angeklagten zulässigen Strafe durch die Worte „nur bedroht ist (im Gegensatze zu den im § 232 gewählten Worten: „zu erwarten steht") in bestimmter Weise limitirt. Nun hätte doch, wenn in der That beabsichtigt wäre, es solle auch in Fällen des § 232 nicht auf eine andere, als die dort angegebene Strafe erkannt werden dürfen, nichts näher gelegen, als dies auch hier in gleicher Weise, wie dort geschehen, ausdrücklich auszusprechen, also unmittelbar auf die Worte: „entbunden werden" folgen zu lassen: „Doch darf bei seinem Ausbleiben auf keine andere Strafe, als ꝛc. erkannt werden". Das Gesetz hatte aber zu dieser Verschiedenheit der Bestimmungen der beiden §§ einen vollkommen triftigen Grund, da es sich im § 231 um ein Kontumazial-Verfahren gegen einen ungehorsam ausbleibenden Angeklagten handelt, wogegen ein solches im Falle des § 232 nicht vorliegt, der Angeklagte es vielmehr seinem Interesse entsprechend findet, auf den mit dem persönlichen Erscheinen eines Beschuldigten vor seinen Richtern verknüpftem Vortheil (Unmittelbarkeit des Untersuchungs-Verfahrens) in diesem Falle zu verzichten und denselben das Finden des richtigen Urtheils nach Lage der Sache ohne seine persönliche direkte oder indirekte Einwirkung unbedingt anzuvertrauen. Daß das Gesetz von diesem Gesichtspunkte geleitet worden ist, und demgemäß ein Hinausgehen des Richters über die in den Abs. 1 des § 232 aufgeführten Strafen in dazu geeigneten Fällen für zulässig erachtet hat, wird auch aus der Fürsorge zu folgern sein, welche es durch die (bezüglich des 1. Satzes des Abs. 3 von der Justizkomm. veranlaßten) Anordnungen in den Abs. 2 u. 3, sowohl dem Angeklagten als der Staatsanwaltschaft, behufs der Wahrung eines sachgemäßen Urtheils zu Theil werden läßt. Daß derartige Anordnungen im § 232 getroffen worden sind, giebt unzweideutig zu erkennen, daß davon ausgegangen ist, derselbe gestatte in der Hauptverhandlung eine Abweichung von der bei der Beschlußnahme über den Antrag des Angeklagten (Abs. 1) für wahrscheinlich erachteten Höhe der Freiheitsstrafe, während sich in Fällen

des § 231 eine solche durch die feste Begrenzung der gegen den Kontumax nur zulässigen von selbst verbiete.

Das Gesetz setzt aber auch den Angeklagten, von dieser Auslegung des Abs. 1 des § 232 ausgegangen, einer wirklichen Gefahr in der That nicht aus. Denn in Bezug auf Geldstrafen ist eine Schranke dort — wie schon bemerkt — überhaupt nicht gezogen; das Gericht darf nach den klaren Worten des Gesetzes den Angeklagten vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbinden, auch wenn es einen sehr hohen Betrag einer solchen für ihn in Aussicht nimmt. Der Angeklagte muß sich daher bei Anbringung seines Gesuchs vergegenwärtigen, daß ihm ein demselben willfahrender Bescheid des Gerichts hinsichtlich dieser Strafart gar keinen Anhalt zu der Annahme darbietet, daß das Gericht davon ausgehe, es werde in der Hauptverhandlung nur eine mäßige Geldstrafe gegen ihn festgesetzt werden. Er muß aber auch ferner erwägen, daß im Falle seines Unvermögens zur Entrichtung jener Strafe die Umwandlung derselben in eine Freiheitsstrafe erfolgt, welche bis zu einem Jahre reichen, die in dem § erwähnte sechswöchentliche Dauer mithin bei Weitem übersteigen kann. Also lediglich die Fälle kommen hier in Betracht, wo sich die Sachlage in der Hauptverhandlung in dem Grade ungünstiger, als bei der Entbindung des Angeklagten vom persönlichen Erscheinen in derselben zu erwarten war, für den Angeschuldigten gestaltet, daß das Gericht entweder eine erheblich höhere als die früher für den schlimmsten Fall arbitrirte sechswöchentliche Freiheitsstrafe (Abs. 1) der Verschuldung des Angeklagten für entsprechend erachtet, oder daß dasselbe auch auf eine andere Strafe (z. B. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, Zulässigkeit von Polizeiaufsicht) erkennen zu müssen meint. Solche Fälle, wo das Gericht nicht schon bei der Beschlußnahme über den Antrag des Angeklagten in der Lage ist, die Nothwendigkeit oder doch Zulässigkeit der Verhängung dieser letztgedachten Strafarten über den Angeklagten ins Auge zu fassen, werden aber kaum eintreten, und ebenso wird eine dem Angeklagten so nachtheilige Umgestaltung des von der Staatsanwaltschaft der Anklage zum Grunde gelegten Sachverhältnisses, welche eine erhebliche Verlängerung der früher arbitrirten Dauer der Freiheitsstrafe nothwendig erscheinen läßt, voraussichtlich nur ausnahmsweise eintreten, so daß das Gesetz hieraus ein Bedenken gegen die sehr

zweckmäßige Bestimmung herzunehmen um so weniger Veranlassung hatte, als mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß in einem solchen Falle der Angeklagte auch durch seine Gegenwart die höhere Strafe abzuwenden nicht vermocht haben wird.

Nähme aber die Untersuchung in einem einzelnen Falle eine solche Wendung, daß das Gericht es zur Wahrung des Interesse des Angeklagten für rathsam erachtete, dieselbe in Gegenwart desselben fortzuführen, so darf erwartet werden, daß dasselbe von der ihm nach §235 zustehenden Befugniß Gebrauch machen wird.

Es wird sich auch gegen die vorstehende Argumentation nicht einwenden lassen, daß von jener Auffassung des Abs. 1 des §. 232 ausgegangen, die Bestimmung, daß das Gericht dem Antrage des Angeklagten nur stattgeben dürfe, wenn es eine andere, als die dort angegebene Strafe nicht in Aussicht nehme, müßig sei. Der Zweck dieser Vorschrift ist vielmehr darin zu suchen, daß das Verlassen des Prinzips der Unmittelbarkeit des Untersuchungs-Verfahrens nicht lediglich in das Belieben der Gerichte hat gestellt, dies Prinzip vielmehr überall da hat aufrecht erhalten werden sollen, wo das Gericht von Hause aus überzeugt ist, daß eine Geldstrafe überhaupt gesetzlich unstatthaft oder mit Rücksicht auf die Sachlage ungeeignet sei, der Angeklagte daher eine Freiheitsstrafe zu erwarten habe, welche — sei es, weil das Gesetz ein geringeres Maß nicht zulasse, oder weil ein solches der Verschuldung des Angeklagten nicht entsprechen würde — die Dauer von sechs Wochen übersteigen werde.

Schließlich mag noch auf die nahe liegende Besorgniß hingewiesen werden, daß die Gerichte, wenn sie in Fällen, wo ihnen nach stattgehabter Beweisaufnahme eine achtwöchentliche Freiheitsstrafe angemessen erscheint, genöthigt wären, die vollständig abgeschlossene Hauptverhandlung auszusetzen, um das ganze Verfahren in einer neuen in Gegenwart des Angeklagten zu wiederholen, leicht — ihnen unbewußt — dahin gelangen könnten, durch Festsetzung einer nur sechswöchentlichen Strafe hinter der der Verschuldung des Angeklagten entsprechenden Ahndung seiner That zurückzubleiben — eine Besorgniß, die bei dem §231 ausscheidet, da, wenn eine Ueberschreitung der dort angegebenen Strafgrenzen auch nur möglich ist, zur Hauptverhandlung überhaupt nicht geschritten wird.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Kontroversen

betreffend

die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

von

C. A. Voitus,
Königl. Preuß. Obertribunalsrath a. D.

Drittes Heft.
Schluß des ersten Bandes.

Berlin,
Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht.
1881.

§ 60 StPO.

I. Ist aus dem § 60 StPO. die Nothwendigkeit der Beeidigung jedes vernommenen Zeugen herzuleiten?
II. Bedeutung der Worte „vor seiner Vernehmung" im § 60 StPO.

I. In der S. 176 folg. der „Kontroversen" abgedruckten Abhandlung ist nachzuweisen versucht worden, daß die von mehreren Kommentatoren ausgesprochene Ansicht, wonach alle durch die Bestimmungen der §§ 56. 57 StPO. nicht betroffenen Zeugen nach ihrer Vernehmung nothwendig beeidigt werden müßten, durch den Inhalt jener §§ und anderer auf die Kontroversfrage bezüglicher Vorschriften nicht gerechtfertigt werde.

Des § 60 StPO. ist dabei S. 183 nur zur Unterstützung der dort vertheidigten Meinung, daß die Regel der Beeidigung eines Zeugen in besonderen Fällen, namentlich bei offenbarer und absichtlicher Unwahrheit der von ihm bekundeten Thatsachen Ausnahmen erleide, sowie zur Widerlegung der Ansicht Geyer's Erwähnung geschehen, daß die Worte des §: „aus besonderen Gründen, namentlich wenn u. s. w." ausschließlich auf den Fall zu beziehen seien, wenn der geistige oder physische Zustand einer Person ihrer Beeidigung entgegenstehe.

Inzwischen hat das Reichsgericht in den Urtheilen vom 29. April und 15. Juni 1880 (Entscheid. B. I S. 402, bzhw. B. II S. 109) den Grundsatz, daß jeder vernommene Zeuge beeidigt werden müsse, auf jenen § 60 und nur auf ihn gestützt. In dem ersteren Falle war ein Sachverständiger, obgleich er auch über Thatsachen Auskunft ge-

geben hatte (S. 403, Abs. 2), nur auf den ein für alle Mal geleisteten Sachverständigeneid hingewiesen worden. Der in der Revision hierauf gegründete Vorwurf der Verletzung der §§ 60. 65 StPO. wurde für begründet erachtet. In dem Urtheil ist wörtlich gesagt:

„Auf die Aussage eines Zeugen kann das Urtheil nach §§ 60. 75 (s. h. 65) nur dann gegründet werden, wenn dieser beeidigt, oder ein gesetzlicher Ausnahmegrund für die Nichtbeeidigung vorhanden ist."

In dem Falle des Urtheils vom 15. Juni 1880 war die Revision darauf gestützt, daß ein Zeuge, des Protests des Angeklagten ungeachtet, beeidigt worden sei. In den Gründen des das Rechtsmittel verwerfenden Urtheils heißt es:

Nach § 60 StPO. muß jeder Zeuge vor oder, nach Umständen, nach seiner Vernehmung beeidigt werden. Ein Umstand, welcher nach § 56 der Beeidigung entgegengestanden hätte, wurde vom Angeklagten nicht einmal behauptet. Die Begründung für die Verwerfung des Antrags hätte daher lediglich in der Verweisung auf § 60 bestehen können.

Dieselbe Auslegung hat das Reichsgericht dem § 60 in dem B. I S. 380 der „Annalen des Reichsgerichts von **Braun** und **Blum**" abgedruckten Urtheil vom 16. Februar 1880 gegeben.

Da der in dem ersten Erkenntniß in Bezug genommene § 65 lediglich von dem Stadium des strafgerichtlichen Verfahrens handelt, in welchem die Beeidigung stattzufinden hat, so ist oben mit Recht behauptet, der Satz: jeder Zeuge müsse — beim Ausscheiden der Voraussetzungen des § 56 — beeidigt werden, sei lediglich auf den § 60 gestützt.

Sprächen sich die Gründe des einen oder anderen Urtheils in eingehender Ausführung darüber aus, welche Bestimmungen des § zu der Auslegung führen, daß jeder Zeuge nothwendig beeidigt werden müsse, auch wenn das Gericht von der Absicht desselben, einen Meineid zu leisten, zweifellos überzeugt sei, so würde eine Erörterung der Frage in diesen, vorzugsweise dem Interesse der Praxis gewidmeten Blättern zweckwidrig erscheinen, da voraussetzlich die bei der wiederholten Berathung und der Erwägung aller Bedenken gewonnene

Ueberzeugung des Gerichtshofes von der Richtigkeit der jenem Satze zum Grunde liegenden Auslegung des § durch neu angeregte Zweifel nicht würde erschüttert werden.

Allein in keinem der drei Urtheile sind Gründe für die oben mitgetheilten Aussprüche derselben angegeben; man sieht selbst nicht, ob dieselben auf den ersten oder den zweiten der beiden Sätze des § gestützt sind. Mit Rücksicht hierauf wird es bei der unverkennbaren Wichtigkeit der Streitfrage um so mehr gestattet sein, derselben hier näher zu treten, als das Reichsgericht in dem Erkenntniß vom 21. April 1880 (Annalen B. I S. 565) den in den vorerwähnten drei Erkenntnissen aufgestellten Satz, ohne des § 60 zu erwähnen, ausschließlich aus den §§ 56. 57 hergeleitet hat, indem es ausführt:

„Nach den in der Reichs-StPO. angenommenen Grundsätzen (§§ 56. 57 Mot. S. 145) ist in der Hauptverhandlung jeder Zeuge zu vereidigen, sofern nicht ein gesetzlicher Grund für die Unterlassung der Vereidung vorliegt."

Behufs erschöpfender Prüfung der Frage sind beide Sätze des § gesondert ins Auge zu fassen.

1. Um dem ersten derselben: „Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen", die Auslegung geben zu können, daß er die Nothwendigkeit der Beeidigung jedes Zeugen habe aussprechen sollen, muß man darin drei von einander unabhängige Vorschriften finden: erstens jene Anordnung, daß die nicht zu den drei Kategorieen des § 56 gehörenden Personen als Zeugen zu beeidigen seien, zweitens das Verbot gemeinschaftlicher Beeidigung mehrerer Zeugen, und drittens die Vorschrift des promissorischen Eides. Danach müßte der Satz so konstruirt werden: Jeder Zeuge ist zu beeidigen, und zwar einzeln und vor seiner Vernehmung.

Dieser Auffassung steht aber zunächst die Geschichte der Entstehung des Satzes in seiner jetzigen Fassung entgegen. Derselbe lautete im Entwurf (§ 51) dahin:

„Die Beeidigung des Zeugen erfolgt vor seiner Vernehmung zur Sache". Sie kann jedoch u. s. w.

Hier fehlte also das Wort: „Jeder" gänzlich, und es würde — dies wird zugegeben werden — nicht möglich gewesen sein, aus der Vorschrift ein Mehreres herzuleiten, als daß die Beeidigung nicht nach,

sondern vor der Vernehmung stattfinden solle. Die im zweiten Satze mit den Worten: Sie kann jedoch u. s. w. eingeführte Ausnahme von der Vorschrift des Voreides läßt keinen Zweifel, daß die letztere den alleinigen Gegenstand des ersten Satzes bildete. Dem entsprechend beschäftigen sich auch die Mot. S. 48. 49 bei Besprechung des § ausschließlich mit der Frage, ob der promissorische oder der assertorische Eid den Vorzug verdiene.

Die Veränderung der Fassung des Abs. 1, wie sie aus dem § 60 StPO. sich ergiebt, ist aus der Just.Komm. hervorgegangen. Es heißt jedoch — was wohl zu beachten ist — in dem Prot. vom 15. Juni 1875 bei der Berathung des § in erster Lesung S. 57 wörtlich:

> „Der lediglich redaktionelle Antrag **Becker** — Dr. Schwarze, § 51 dahin: „Jeder Zeuge ist einzeln zu beeidigen. Die Beeidigung erfolgt vor der Vernehmung; dieselbe kann jedoch u. s. w. wie im Entwurf" zu fassen, wird an die Redaktions-Kommission verwiesen; über § 51 findet eine besondere Abstimmung nicht statt."

Darauf wurde, ohne jede Motivirung oder Besprechung des Antrages, zur Berathung des § 52 übergegangen.

Die Worte: „der lediglich redaktionelle", in Verbindung mit der sofortigen Ueberweisung der dem § zu gebenden Fassung an die Redaktions-Kommission, lassen deutlich erkennen, daß in dem aus der Fassung des Entwurfs und den Mot. sich ergebenden Sinne des § nichts geändert, vielmehr nur der in der Praxis vielfach wahrgenommenen, im Entwurfe nicht ins Auge gefaßten Unsitte, eine Anzahl vernommener Zeugen zusammen zu beeidigen, entgegengetreten werden sollte.

Dieser Zweck des Abänderungsantrages ins Auge gefaßt, erhellt auch sofort der alleinige Grund für die Wahl der Worte: „jeder Zeuge" an Stelle von „der Zeuge". Es mußte zu erkennen gegeben werden, daß es sich um den Fall einer vorzunehmenden Beeidigung mehrerer Zeugen handle. Hierzu wäre die Fassung: „Der Zeuge ist einzeln zu vernehmen" nicht geeignet gewesen; wohl aber folgte es aus den Worten: Jeder Zeuge u. s. w. Anstatt der ausführlicheren Redaktion: „Findet die Beeidigung mehrerer Zeugen statt, so ist jeder

derselben einzeln zu beeidigen", durfte die kürzere, aber völlig deutliche gewählt werden: „Jeder Zeuge ist u. s. w." Darüber wird hiernach nicht gezweifelt werden können, daß bei der Stellung des Antrages auf Abänderung des Entwurfs und bei seiner Ueberweisung an die Redaktions-Komm. die Absicht, eine Bestimmung dahin zu treffen: daß jeder vernommene Zeuge auch nothwendig beeidigt werden müsse, völlig fern gelegen hat.

Die Redaktions-Komm. („Beschlüsse" derselben Nr. II S. 7) gab dem § die Fassung:

„Jeder Zeuge ist vor seiner Vernehmung einzeln zu beeidigen. Die Beeidigung kann jedoch u. s. w." wie im Entwurf und in der StPO.

So ging der § in die „Zusammenstellung des Entwurfs einer StPO. mit den Beschlüssen der Kommission in erster Lesung" über.

Bei zweiter Lesung (Prot. S. 819) wurde er von der Just.Komm. „ohne Debatte angenommen". Die Redakt.Komm. („Beschlüsse" Nr. XXIII S. 62) beschloß jedoch nunmehr:

„Den Eingang zu fassen: Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen".

Bei der Berathung der Just.Komm. über die Beschlüsse der Redakt.-Komm. aus zweiter Lesung in der Sitzung vom 1. Juli 1876 S. 1117. 1118 der Prot. wurde diese Abänderung der aus erster Lesung hervorgegangenen Fassung des § —, welche die Redakt.Komm. dort S. 1117 als zweifellos redaktionell bezeichnete — nicht besprochen. Welchen Zweck die Redakt.Komm. damit verbunden hat, daß sie das Wort „einzeln", anstatt, wie nach erster Lesung, hinter „Vernehmung", jetzt hinter: „Jeder Zeuge ist" einschaltete, hat dieselbe allerdings bedauerlicherweise nicht ausgesprochen — wie sie überhaupt Gründe für ihre Abänderungsbeschlüsse nicht angegeben hat. Die bei jener Abänderung leitend gewesene Absicht ergiebt sich aber sofort von selbst, wenn ins Auge gefaßt wird, daß die Wortfassung des ersten Abs., wie dieser aus der ersten Lesung hervorgegangen war: „Jeder Zeuge ist vor seiner Vernehmung einzeln zu beeidigen", die Auslegung, als solle dadurch die Nothwendigkeit der Beeidigung jedes Zeugen ausgesprochen werden, — wenn auch nur als möglich — zuließ, die Redakt.Komm. mithin Veranlassung hatte, einer solchen mit der Absicht

des Entwurfs und der Just.Komm. im Widerspruch stehenden Auffassung durch Substituirung einer anderen, diese Absicht klar stellenden Fassung vorzubeugen.

Im Reichstage ist in Bezug auf den § 51 des Entwurfs nur die Frage der Zweckmäßigkeit des Vor- bzhw. des Nacheides Gegenstand der Berathung gewesen. Derselbe ist demnächst so, wie er aus der 2. Lesung in der Just.Komm. hervorgegangen war, — übereinstimmend mit dem § 60 StPO. — angenommen worden. Sten. Ber. S. 443—445.

In gleicher Weise, wie die Mot. und die Verhandlungen der Just.Komm. und des Reichs-Tages, läßt auch der „Bericht der Just.-Komm." die Frage, ob jeder vernommene, nicht zu den Personen des § 56 gehörende Zeuge nothwendig beeidigt werden müsse, gänzlich unberührt. Nachdem dort S. 19 die Ergebnisse der Berathung der Just.-Komm. bezüglich des Vor- und Nacheides ausführlich mitgetheilt sind, ist S. 20 Abs. 1 gesagt:

> „Die Komm. hat endlich im § 51 (Entw.) den Satz an die Spitze gestellt, daß jeder Zeuge einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen sei. Es soll dadurch der da und dort vorgekommnen Gewöhnung der Gerichte entgegengetreten werden, daß gleichzeitig eine Mehrzahl von Zeugen beeidigt werde. Erfolgt übrigens die Beeidigung nach der Vernehmung, so soll durch die Worte „bis nach Abschluß der Vernehmung" ausgesprochen sein, daß die Beeidigung ausgesetzt werden kann, bis das erforderliche Gegenverhör des Zeugen mit anderen Zeugen erfolgt und somit ein Anlaß zu weiteren Vernehmungen des Zeugen nicht mehr vorhanden ist."

So klar aber auch aus dieser Geschichte der Entstehung des Abs. 1 des § 60 hervorgeht, daß nach seiner Bestimmung die Vorschrift der Einzel-Beeidigung und die Anordnung der Eidesabnahme vor der Vernehmung des Zeugen seine ausschließlichen Gegenstände bilden sollten, so kann dies doch gegen die Ansicht, daß derselbe auch über die Nothwendigkeit der Beeidigung jedes Zeugen Bestimmung treffe, nicht entscheiden. Das der Emanation des Gesetzes Vorangegangene müßte vielmehr unberücksichtigt bleiben, wenn der Inhalt des §, sei es für sich allein, oder in Verbindung mit anderen bezüglichen

Vorschriften, jener Ansicht zur Seite stände. Auch dies ist jedoch nicht der Fall.

Es ist hier zunächst der Gang ins Auge zu fassen, den die StPO. hinsichtlich der in dem Abschnitt „Zeugen" enthaltenen Vorschriften genommen hat. Nachdem in den §§ 48—50 Bestimmungen über die Ladung der Zeugen, den Ort ihrer Vernehmung, die Folgen ihres unentschuldigten Ausbleibens getroffen, und darauf in den §§ 51—55 die die Zeugniß-Pflicht betreffenden Vorschriften ergangen sind, geht das Gesetz zu den Bestimmungen über die Eidesleistung über. Hier behandelt es zunächst in den §§ 56. 57 materielle auf die Beweisführung sich beziehende Fragen, indem es gewisse Personen von der Eidesleistung ausschließt, bzhw. im Betreff anderer Personen deren Beeidigung vom richterlichen Ermessen abhängig macht. Dann folgen in den §§ 58—63 formelle Anweisungen hinsichtlich des vom Richter sowohl bei der Vernehmung der Zeugen als bei der Eidesabnahme zu beobachtenden Verfahrens.

Hiernach müßte man, um dem § 60 die Auslegung zu geben, daß er auch die Nothwendigkeit der Beeidigung jedes Zeugen habe anordnen sollen, den Mißgriff bei der Redaktion des Abschnitts „Zeugen" voraussetzen, daß eine so wichtige — und, wie S. 179 der „Kontroversen" nachgewiesen, von früheren und noch jetzt giltigen Normen anderer StPOrdnungen abweichende — materielle Bestimmung, ohne jeden Grund nachträglich, mit instruktionellen Procedur-Vorschriften in einem § vermischt, erlassen worden sei. Es müßte dies um so mehr befremden, als diese Bestimmung gegenüber den im § 56 angeordneten Ausnahmen die Regel bilden würde, also nothwendig ihre Stelle unmittelbar vor diesem letzteren § hätte erhalten müssen. Denn diesem § — überdies nach Einschaltung anderartiger Vorschriften — nachfolgend, enthielte sie etwas unrichtiges, den §§ 56. 57 widersprechendes, da nach diesen §§ nicht jeder Zeuge zu beeidigen ist.

Wollte man aber auch den vorbezeichneten Mißgriff bezüglich des der Vorschrift angewiesenen Platzes voraussetzen, so müßte es doch für einen zweiten Redaktionsmangel gelten, daß der materielle Theil des Abs. 1 des §, also die, wie schon bemerkt, für die Strafrechtspflege höchst wichtige Bestimmung, daß jeder Zeuge — auch der

unglaubwürdigste auf seine offenbar erlogenen Aussagen — zu beeidigen sei, nicht als eine selbständige vorangeschickt, und die das Verfahren betreffenden Bestimmungen im Anschluß an die erstere angereiht worden, der § also, die beabsichtigte Vorschrift zum klaren Ausdruck bringend, etwa, wie schon oben angedeutet, dahin redigirt worden wäre: „Jeder Zeuge ist zu beeidigen. Die Beeidigung erfolgt vor seiner Vernehmung und bei einer Mehrheit von Zeugen einzeln."

Ferner spricht die Uebereinstimmung der Fassung des Eingangs des Abs. 1 des § 60 mit der des Abs. 1 des § 58 gegen die hier bekämpfte Ansicht. Denn, unterläge der erstere § der Auslegung, daß jeder Zeuge beeidigt werden müsse, so müßte folgerecht aus dem § 58 die Nothwendigkeit hergeleitet werden, jeden Zeugen zu vernehmen — eine Interpretation, die nicht nur mit den Bestimmungen der §§ 51—53 in Widerspruch stehen, sondern auch den Vorsitzenden des Gerichts nöthigen würde, jeden von dem Angeklagten vorgeschlagenen Defensional-Zeugen, auch wenn die unter Berufung auf den Zeugen behaupteten Thatsachen mit der Untersuchung in keinem Zusammenhange stehen, zur Hauptverhandlung laden zu lassen — womit die Bestimmung des § 218, welche ihm die Prüfung überweist, ob der Zeuge zu laden sei, nicht zu vereinigen sein würde. Der § 58 beschäftigt sich lediglich mit dem Verfahren, welches der Richter bei einer stattfindenden Vernehmung zu beobachten hat; und in gleicher Weise regelt der § 60 das Verfahren bei einer Beeidigung. Auf die Frage, ob eine Vernehmung, bzhw. eine Beeidigung nothwendig sei, haben die beiden §§ keinen Bezug.

Es darf auch nicht unbeachtet bleiben, daß der § 356 der Civ.PO., welcher in seinem ersten Abs. mit dem § 60 StPO. übereinstimmt, in dem Entwurf (§ 344) aber lautete:

> „Vor der Vernehmung hat der Zeuge, sofern nicht beide Theile auf die Beeidigung verzichten, einen Eid dahin zu leisten: daß er u. s. w."

gleichfalls erst in der Just.Komm. seine jetzige Fassung erhalten hat, und daß auch dort, nach Ausweis der Prot. S. 132—135. 550. 683—685, nur die Frage, ob der promissorische oder der assertorische Eid den Vorzug verdiene, und ferner die Unzweckmäßigkeit der Massenbeeidigung Gegenstand der Berathung gewesen sind, die hier in Rede

stehende Frage, ob der Richter stets mit der Beeidigung der Zeugen vorzugehen habe, oder von derselben unter besonderen Umständen zur Vorbeugung der Ableistung eines Meineides von derselben abstehen dürfe, aber gänzlich unberührt geblieben ist. Auch geschieht in dem Kommentar von **Struckmann** und **Koch** S. 304 dieser letzteren Frage bei Besprechung des § 356 keine Erwähnung; nur auf den Voreid, die Einzelbeeidigung und den Verzicht auf die Beeidigung eines Zeugen beziehen sich die dortigen Bemerkungen.

Endlich wird es für eine nicht unwesentliche Unterstützung der hier vertheidigten Auslegung des § 60 gelten müssen, daß weder **Geyer** in der S. 176 der „Kontroversen" in Bezug genommenen Abhandlung, noch einer der dort genannten Kommentatoren der StPO. sich für ihre Ansicht, daß jeder nicht zu den im § 56 aufgeführten Personen gehörende Zeuge beeidigt werden müsse, auf den § 60 berufen hat, **Geyer** vielmehr auf diesen § — in Uebereinstimmung mit der demselben in dieser Abhandlung gegebenen Auslegung — im Betreff der für die Beeidigung durch das Gesetz „vorgeschriebenen Formen" hinweist. **Dalcke** hat zwar S. 55 in der Note 4 zu § 60 den bereits in der Note 1 zu § 56 von ihm als „selbstverständliche Regel" bezeichneten Grundsatz: „Jeder Zeuge ist zu beeidigen", wiederholt und unter Berufung auf Entscheidungen des Preuß. Obertribunals hinzugefügt, daß die unterbliebene Beeidigung stets durch gesetzliche Gründe besonders motivirt werden müsse. Allein er spricht sich nicht darüber aus, inwiefern der § 60 zu diesen Bemerkungen Veranlassung gebe; es läßt sich daher aus denselben eine Unterstützung für die hier bekämpfte Ansicht nicht hernehmen.

2. Daß auch der zweite — unverändert aus dem Entwurf in die StPO. übergegangene — Satz des § 60 die Meinung, daß jeder Zeuge, auch wenn sich seine Aussagen als erlogen erwiesen haben, zu beeidigen sei, nicht zu rechtfertigen vermag, wird näherer Ausführung nicht bedürfen. Wie bereits bemerkt, ergeben die sich an den ersten Satz unmittelbar anschließenden Worte: „Die Beeidigung kann jedoch u. s. w." daß sein alleiniger Zweck darin besteht, von der Regel des Voreides aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit eine Ausnahme zuzulassen. Die Mot. bestätigen dies, indem es nach vorgängiger Rechtfertigung der Anordnung des promissorischen Eides dort S. 49

heißt: „Allerdings kommen im Strafverfahren auch zahlreiche Fälle vor, in welchen der Richter erst nach vollständig erfolgter Vernehmung (des Zeugen) zur Sache zu beurtheilen vermag, ob die Beeidigung zulässig sei, oder nicht. Diesen Fällen trägt aber der Entwurf dadurch Rechnung, daß er in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der jetzt geltenden Strafprozeßordnungen für sie die assertorische Beeidigung gestattet.

Wäre aber aus dem zweiten Satze überhaupt etwas für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage herzunehmen, so würde sein Inhalt nicht für, sondern gegen den in dieser Abhandlung bekämpften Grundsatz sprechen. Denn, wie bereits S. 183 der „Kontroversen" des Näheren ausgeführt, geben die völlig allgemein gehaltenen Worte: „aus besonderen Gründen, namentlich wenn u. s. w." zu erkennen, daß der Richter nach seinem durch die Sachlage geleiteten Ermessen zu beschließen habe, ob die Beeidigung des Zeugen erfolgen, oder wegen offenbar wissentlicher Wahrheitswidrigkeit seiner Aussagen zur Vermeidung eines Meineids unterbleiben solle.

Auf die beklagenswerthen Folgen, welche sich an die entgegengesetzte Ansicht knüpfen, ist bereits S. 181 der „Kontroversen" hingedeutet worden. Sie werden durch Beispiele, wie sie die strafrechtliche Praxis nur zu reichhaltig darbietet, klar vor's Auge gestellt. Bekundet der erst in der Hauptverhandlung vom Angeklagten gestellte, über eine einzelne bestimmte Thatsache vorgeschlagene Defensional-Zeuge Wahrnehmungen, die mit dem Ergebniß der gerichtsseitig erfolgten Augenscheinsaufnahme im direkten Widerspruche stehen, will er von einem bestimmt von ihm bezeichneten Standpunkte aus etwas gesehen haben, was er nach der Lokalität von dort aus unmöglich gesehen haben konnte, schweigt er auf die ihm deshalb gemachte Vorhaltung und verzichtet in Folge dessen der Vertheidiger mit Zustimmung des Angeklagten unter Anerkennung der Unvereinbarkeit der Angaben des Zeugen mit dem festgestellten Sachverhältniß auf dessen Beeidigung — so werden alle Richter darüber einig sein, daß dies Zeugniß nicht den geringsten Einfluß auf ihr Urtheil haben könne, und der Eid des Zeugen zweifellos ein Meineid sein würde. Dennoch wäre das Gericht gezwungen, mit der vor der Vernehmung ausgesetzten Beeidigung des Zeugen vorzugehen, und in den Urtheilsgründen auszuführen, daß zwar die Aussage des Zeugen eine erlogene gewesen, die

Beeidigung desselben aber, nachdem er bereits vernommen gewesen, durch den Verzicht auf dieselbe nicht mehr habe abgewendet werden können.

Da liegt wohl die Frage nahe, ob es in der Absicht der StPO. gelegen haben könne, dem Richter die Rolle eines wissentlichen Vermittlers einer Meineidsleistung aufzuzwingen, und weiter: ob es nicht jedenfalls zu einer derartigen, überdies mit den Bestimmungen anderer StPOrdnungen im Widerspruch stehenden Anordnung einer — nach **Geyer's** und **Löwe's** Anerkenntniß nicht vorhandenen — ausdrücklichen Vorschrift im Gesetz bedurft hätte.

II. Ueber die Frage, ob nach der Vorschrift des § 60 StPO. die Zeugen erst nach ihrer Befragung über die im ersten Satze des § 67 bezeichneten s. g. Generalfragen, oder schon vor derselben zu beeidigen seien, waltet unter den Kommentatoren Meinungsverschiedenheit ob. Die erste Alternative vertheidigen:

Dalcke. Er bemerkt S. 55. 3: „Die Vorlegung der allgemeinen Zeugenfragen muß der Beeidigung vorausgehen, weil nach der Beantwortung derselben sich erst die Zulässigkeit der Beeidigung prüfen läßt."

Dochow S. 117: „Die Vernehmung beginnt mit den Generalfragen nach Namen u. s. w. Es können dem Zeugen auch noch Fragen mit Bezug auf seine Glaubwürdigkeit vorgelegt werden. Der Zeuge ist darauf in der Regel zu beeidigen" u. s. w.

Thilo S. 65. 2. sagt zu den Worten des § „vor seiner Vernehmung": „d. h. zur Sache; denn die Vernehmung nach § 67 zur Person muß der Vereidigung vorausgehen".

Entgegengesetzter Ansicht sind:

Geyer (v. Holtzendorff Strafprozeßrecht B. I S. 284. 5): „Die Beeidigung muß vor der Vernehmung, d. h. da diese nach § 67 mit den allgemeinen Fragen beginnt, vor der Stellung dieser Fragen, und nicht etwa vor der „Vernehmung zur Sache" erfolgen. Auch der Nacheid umfaßt die allgemeinen Fragen mit; es ist daher nach der StPO. zweifellos, daß Meineid durch falsche Beantwortung jener Generalfragen begangen werden kann.

In manchen Fällen müssen Generalfragen zu dem Zweck gestellt werden, um zu erfahren, ob der Eid zulässig sei; ergiebt sich hier, daß dies der Fall ist, so müssen jene Fragen nach der Beeidigung wiederholt werden."

Löwe S. 329. 4: „Da nach § 67 die Vorlegung der s. g. Personal- und Generalfragen einen Theil der Vernehmung selbst bildet und der Zeuge auch die Antworten auf diese Fragen zu beschwören hat, so muß im Falle des promissorischen Eides die Vorlegung und Beantwortung derselben der Eidesleistung nachfolgen. Andererseits wird die Prüfung, ob die Beeidigung zulässig sei (§§ 56. 57), häufig erst auf Grund der Generalvernehmung möglich; somit wird der Richter aber in vielen Fällen genöthigt sein, die Generalvernehmung, oder doch einen Theil derselben zweimal, nämlich vor und nach der Eidesleistung, vorzunehmen."

Puchelt erwähnt S. 146 Abs. 1 vorweg, daß die Just.Kommiss. im ersten Satze des § 60 die Worte des Entw. „zur Sache" nach dem Worte „Vernehmung", ohne Angabe von Gründen gestrichen habe, und bemerkt demnächst in den Noten 3 u. 4 Abs. 2

„Der promissorische Eid bildet die Regel und soll v o r der Vernehmung geleistet werden, mithin gemäß § 67 auch vor Stellung der Personal- und Generalfragen, indem der Anschauung des Entwurfs keine Rechnung getragen wurde, wie die Streichung der Worte „zur Sache" zeigt.

Auch der promissorische Eid umfaßt nach § 67 die Beantwortung der Generalfragen, und zur Gleichstellung beider Eidesarten ist wohl die in Anm. 1 erwähnte Streichung vorgenommen worden."

von Schwarze S. 193. 3: „Es ist zulässig, daß der Richter, wenn ihm Bedenken beigehen, vor der Beeidigung die Befragung der Zeugen über die Personalien vornimmt, und sodann, wenn hierdurch die Bedenken sich erledigen, die Beeidigung vollzieht, hierauf aber die Antworten des Zeugen auf die Personalfragen von ihm bestätigen läßt, so daß diese Antworten nunmehr unter die eidliche Versicherung mit fallen."

Voitus S. 124. 1: „Der Entwurf enthielt hinter „Vernehmung"

die Worte „zur Sache", weil sich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beeidigung in der Regel erst nach Beantwortung der s. g. Generalfragen befinden lasse. Mot. S. 49. Das Ausscheiden jener Worte hat zur Folge, daß auch eine in Bezug auf die Generalfragen gemachte unwahre Angabe die Meineidsstrafe nach sich ziehen kann."

Die Worte des § 60: „vor seiner Vernehmung", in Verbindung mit dem Eingange des § 67, nach welchem die Vernehmung mit der Befragung des Zeugen über die s. g. Personalien und erforderlichen Falls über die Glaubwürdigkeitsfragen beginnt, stehen der Meinung von **Geyer** und Gen. zur Seite. Allerdings bestimmte der Entw. in seinem, dem § 60 StPO. korrespondirenden § 51: „Die Beeidigung des Zeugen erfolgt vor seiner Vernehmung zur Sache", wodurch dem Zweifel über seine Auslegung, zu welchem die Fassung seines mit dem § 67 StPO. übereinstimmenden § 59: Die Vernehmung beginnt u. s. w. hätte Anlaß geben können, vorgebeugt war. Wäre es daher bei dieser Fassung geblieben, so hätte es nicht bedenklich sein können, daß die Beeidigung erst nach der im § 67 bezeichneten Befragung des Zeugen erfolgen dürfe. Auch gaben die Mot. S. 49 Abs. 2 für diese Bestimmung den zutreffenden Grund an: daß über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beeidigung sich in der Regel erst nach Beantwortung der allgemeinen Zeugenfragen befinden lasse.

Allein die Just.Komm. hat in der Sitzung vom 15. Juni 1875 Prot. S. 57 den — als lediglich redaktional bezeichneten — Antrag, den § 51 des Entwurfs dahin zu fassen: „Jeder Zeuge ist einzeln zu beeidigen. Die Beeidigung erfolgt vor der Vernehmung; dieselbe kann jedoch u. s. w." (wie im § 60) an die Redaktions-Komm. verwiesen, wobei bemerkt ist, daß über den § eine besondere Abstimmung nicht stattgefunden habe. Darauf hat die Red.Komm. ihm eine jenem Antrage entsprechende Fassung gegeben („Zusammenstellung nach 1. Lesung S. 25 und „Beschl. der Red.Komm. II S. 7), welche demnächst in der „Zusammenstellung nach 2. Lesung Nr. 7 — mit dem § 60 StPO. übereinstimmend — modifizirt worden ist, nachdem der § in der Sitzung vom 29. Mai 1876, S. 819 der Prot., ohne Debatte angenommen worden war.

Auffallend muß es erscheinen, daß das Ausscheiden der Worte des

§ 51 des Entwurfs: „zur Sache" weder bei der Stellung des erwähnten Antrages, noch bei einer Besprechung des Letzteren — die, wie bemerkt, überhaupt nicht stattgefunden hat — zur Sprache gekommen ist. War doch eine Erwähnung und Motivirung dieser Abänderung um so unerläßlicher, als sie, weit entfernt, für eine bloß redaktionelle gelten zu können, nach **von Schwarze's** und **Voitus** Bemerkung bewirkt, daß der Eid sich auch auf die Beantwortung der Generalfragen bezieht, mithin nicht nur materielle Folgen nach sich zieht, sondern, wie **von Schwarze** S. 194 Nr. 8 hervorhebt, selbst eine Kontroverse entscheidet. Auch in dem Berichte der Just.Komm. S. 20 Abs. 1 ist diese Aenderung des § 51 des Entw. unberührt geblieben, und nur angeführt, daß die Just.Komm. in dem § 51 des Entw. den Satz an die Spitze gestellt habe: daß jeder Zeuge einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen sei — um der gleichzeitigen Beeidigung einer Mehrzahl von Personen vorzubeugen. Von der Absicht, die erwähnte Kontroverse zu entscheiden, ist dabei nicht die Rede. Für die Meinung **Puchelt's**, die Streichung der Worte: „zur Sache" werde wohl zur Gleichstellung des Voreides mit dem — die Beantwortung der Personalfragen mit umfassenden — Nacheide vorgenommen sein, bietet, wie aus Vorstehendem hervorgeht, die Geschichte der Entstehung der Abänderung des § 51 des Entw. einen Anhalt nicht dar; es steht ihr aber auch wohl entgegen, daß, wenn mit dem betreffenden Antrage in der Just.Komm. eine materielle Aenderung des Entw. bezweckt worden wäre, derselbe keinenfalls als „lediglich redaktional" würde bezeichnet worden sein, die Antragsteller vielmehr ihre mit demselben verbundene Absicht der Just.Komm. kundgethan haben würden — Erwägungen, welche geeignet sind, den Zweifel anzuregen, ob das Ausscheiden der Worte: „zur Sache" aus dem § überhaupt beabsichtigt worden ist. Wie dem aber auch sei, so sprechen doch die oben angeführten Worte der §§ 60 und 67 StPO. so unzweideutig für die Nothwendigkeit der Beeidigung der Zeugen vor ihrer Vernehmung über die Personal- und Glaubwürdigkeitsfragen, daß, um die Ansicht von **Dalcke** und Gen. zu rechtfertigen, aus anderen Vorschriften der StPO. dargethan werden müßte, daß die Absicht des Gesetzes den Worten jener §§ nicht entspreche. Solche Vorschriften lassen sich aber nicht nachweisen.

Daß die entgegengesetzte Auslegung des § 60 in mehrfacher Beziehung Schwierigkeiten mit sich bringt, ist allerdings nicht zu verkennen.

Nach § 51 Abs. 2 sollen z. B. die im Abs. 1 bezeichneten Personen vor der Vernehmung — also auch vor der Vorlegung der Personal- rc.-Fragen (§ 67) — über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt werden. Die Worte: „Die bezeichneten Personen" geben — wie Voitus S. 118. 4 bemerkt — zu erkennen, daß der Richter die Belehrung nur beim Vorhandensein eines der im Abs. 1 angeführten Verhältnisse ertheilen, nicht aber allgemein die erschienenen Zeugen mit der Vorschrift des Abs. 1 bekannt machen soll. Ob ein solches Verhältniß vorwaltet, erfährt der Richter aber erst bei der Vernehmung über die Personalien, also erst nach dem Beginn der Vernehmung (§ 67). Dasselbe Bedenken wird durch die Vorschrift des Abs. 1 des § 57 angeregt. Da indeß nach dem § 68 Abs. 1 dem Zeugen vor seiner Vernehmung der Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten bezeichnet werden soll, so wird derselbe in der Regel das zwischen ihm und letzterem bestehende Verhältniß zur Sprache bringen und dadurch dem Richter Veranlassung geben, ihn nach Anleitung des Abs. 2 § 51 zu belehren.

Ob die im § 56 Nr. 1 bezeichneten der Beeidigung entgegenstehenden Umstände bei einem zu vernehmenden Zeugen vorwalten, wird meistentheils schon vor dem Beginn der Vernehmung (§ 67) hervortreten; dagegen wird sich dies hinsichtlich der unter Nr. 2 und 3 aufgeführten erst bei der Vorlegung der in § 67 Abs. 2 gedachten Fragen, bzhw. bei der Abhörung des Zeugen zur Sache selbst, also nach bereits stattgehabter Vornahme der — vom Gesetz für unzulässig erachteten — Beeidigung herausstellen. Für derartige Fälle bietet dem Richter der Abs. 2 des § 60 ein Mittel, dem Uebelstande vorzubeugen, nur ausnahmsweise dann dar, wenn ihm seine Kenntniß der persönlichen und sachlichen Verhältnisse Anlaß zur Vorlegung bezüglicher Fragen giebt. Nur auf solche Ausnahmefälle wird auch das von Löwe S. 330 und von Geyer a. a. O. S. 284. 6 an die Hand gegebene Verfahren der event. Wiederholung der Generalfragen Anwendung finden.

Mögen aber auch diese Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der von der Just.Komm. herbeigeführten Aenderung des Entwurfs als begründet anerkannt werden, so sind sie doch nicht geeignet, eine andere Auslegung des § 60 StPO., als die von Geyer und Gen. befürwortete, zu rechtfertigen.

§ 270 StPO.

Mit Recht sagt **von Schwarze** S. 434: „Die Durchführung des § 270 StPO. werde zu manchen Uebelständen Anlaß geben." Um die vielfachen Bedenken und Zweifel, welche bei der Auslegung desselben entgegentreten, zu erkennen, genügt ein Einblick in die auf ihn bezüglichen Verhandlungen der Just.Komm., in denen 13 verschiedene seine Fassung betreffende Anträge gestellt, bekämpft, zurückgenommen und modificirt wurden. Während ein Theil der Mitglieder die — der Sache nach unverändert aus dem Regier.Entw. in die StPO übergegangenen — beiden ersten Abs. aufrecht erhalten wissen wollte, wurde von anderer Seite behauptet: „der § führe zu einem nahezu monströsen Resultat"; „er sei, nachdem die Vorschriften über die fakultative Voruntersuchung abgeändert worden, unhaltbar, da er die ganzen Kompetenzbestimmungen verschiebe. Prot. S. 989. 417.

Die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit der Bestimmungen des § scheidet hier aus; sie wird ohne Zweifel bei der Berathung einer Novelle zur StPO. stattfinden. Gegenstand der Besprechung können hier nur die Meinungsverschiedenheiten sein, welche aus den Kommentaren hinsichtlich der Interpretation einzelner Vorschriften des Gesetzes hervorgehen. Dieselben betreffen

I. die Frage, wie das Gericht zu verfahren habe, wenn es während der Hauptverhandlung zu der Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit deshalb gelangt, weil die den Gegenstand der Untersuchung bildende That objektiv einen schwereren Charakter habe, als im Verweisungsbeschluß (§ 205 StPO) angenommen worden, ihm aber der gegen den Angeklagten vorliegende Verdacht, diese That verübt zu haben, nicht auszureichen scheint, um das Hauptverfahren vor dem für die That zuständigen Gericht gegen ihn zu eröffnen (Abs. 2 § 270).

Darüber, daß das Gericht in einem solchen Falle nicht durch Urtheil auf **Freisprechung** des Angeklagten erkennen dürfe, herrscht unter den Kommentatoren Einverständniß; dagegen wird darüber gestritten, ob dasselbe auch bei solcher Sachlage den in den Abs. 1 und 2 bezeichneten Beschluß fassen müsse, oder ob es den Angeklagten außer Verfolgung zu setzen, das Verfahren einzustellen habe. Der ersteren Ansicht ist

Löwe. „Es ist davon auszugehen — sagt er S. 653. 4 — daß einerseits auch in diesem Falle das Gericht die, die Qualifikation der That berührende Veränderung der Sachlage nicht ignoriren darf, daß andererseits aber, nachdem einmal das Hauptverfahren eröffnet worden ist, eine Außerverfolgungsetzung des Angeklagten im Sinne des § 202 nicht mehr eintreten kann, da das Gesetz eine solche im Stadium des Hauptverfahrens nicht kennt. Das Gericht kann den Ausspruch des Eröffnungsbeschlusses: daß der Angeklagte hinreichend verdächtig sei, nicht anders als durch Urtheil beseitigen, und da es zur Erlassung eines solchen wegen der veränderten Beschaffenheit der That nicht zuständig ist, so bleibt nichts übrig, als auch in diesem Falle die Unzuständigkeitserklärung zu erlassen."

Puchelt (S. 440. 4 Abs. 3) ist derselben Meinung. Es komme nach dem Wortlaut und der Tendenz des § nur auf den objektiven Thatbestand, nicht auf die Thäterschaft an; also auch in einem solchen Falle sei die Sache an das zuständige höhere Gericht zu verweisen. — Entschieden entgegengesetzter Ansicht ist

Keller S. 203. Unter Hinweisung auf eine mit derselben übereinstimmende — demnächst mitzutheilende — Bemerkung des Vertreters der Regierungen in der Just.Komm., Geh. OReg.Rth. **Hanauer**, sagt er im Anschluß an die Ausführung, daß eine **Freisprechung** des Angeklagten bei einer derartigen Sachlage unstatthaft sei:

„Das Gericht muß vielmehr seine **Unzuständigkeit aussprechen** und, weil es als Beschlußkammer hier zu verfahren hat, den **Angeklagten außer Verfolgung setzen** (§ 196). Damit ist zugleich die, durch eine Freisprechung ausgeschlossene Möglichkeit gewahrt, auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel die öffentliche Klage wieder aufzunehmen (§ 210).

Nicht mit gleicher Bestimmtheit spricht sich **Thilo** S. 318. 6 aus:

„Da das Gericht — führt er aus — in einem solchen Falle an die Stelle der Rathskammer tritt, so kann es, wenn genügender Verdacht zur Verweisung nicht vorliegt, einen Beschluß, daß der Angeklagte außer Verfolgung zu setzen und das Verfahren einzustellen sei, fassen, gegen welchen Beschluß, wie im Falle der Verweisung, gemäß § 209 eine Anfechtung durch sofortige Beschwerde zulässig ist. Ohne Bedenken ist aber diese Auslegung des Sinnes des § 270 für den vorstehenden Fall nicht, und es ist zweifelhaft, ob sie der Absicht des Gesetzes entspricht, und ob nicht vielmehr, da ein Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens einmal vorliegt, wenn auch in Bezug auf die Kompetenz eine Abänderung desselben durch einen anderen Beschluß aus Zweckmäßigkeitsgründen nachgelassen ist, die Sache unter allen Umständen durch ein Urtheil zu erledigen und deshalb, ohne in die Prüfung des Beweises einzugehen, an das höhere Gericht zu verweisen sei."

Die Streitfrage ist unverkennbar für die Praxis von Bedeutung. Es empfiehlt sich jedoch, vor dem Eingehen auf ihre Beurtheilung ins Auge zu fassen: welchen Einfluß die von dem Eröffnungsbeschlusse abweichende Ansicht des Gerichts über die rechtliche Qualifizirung der dem Angeklagten zur Last gelegten That auf das *Verfahren* des Gerichts in der Hauptverhandlung überhaupt äußere, insbesondere, ob dasselbe verpflichtet sei, die Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme in subjektiver wie in objektiver Beziehung so vollständig zu Ende zu führen, wie geschehen müßte, wenn es sich zur Aburtheilung der Sache für *zuständig* erachtete.

In erster Linie kommt hierbei der Fall in Betracht, wenn das Gericht zur Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit erst dadurch gelangt, daß sich der Charakter der dem Angeklagten zur Last gelegten That erst *im Laufe der Hauptverhandlung*, sei es durch Erklärungen des Angeklagten oder durch die Beweisaufnahme, als eine schwerere — die Kompetenz des verhandelnden Gerichts ausschließende — herausstellt, als bei der Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung angenommen war.

In der Just.Komm. konstatirte der Vorsitzende in der Sitzung vom

14. Juni 1876, Prot. S. 980, nachdem die Frage von diesem Gesichtspunkte aus besprochen worden war: „ohne Widerspruch zu finden, — wie es dort wörtlich heißt — es bestehe Einverständniß darüber, daß die Verhandlung vollständig abgeschlossen sein müsse, ehe eine Verweisung nach § 229 (des Entw.; § 270 StPO) stattfinde."

Daß derartige „Konstatirungen" auf die Auslegung der bezüglichen Vorschrift nicht von maßgebendem Einfluß sind, ist bereits mehrseitig ausgeführt; einer Wiederholung der für diese Ansicht geltend zu machenden Gründe wird es hier nicht bedürfen. Die von den Mitgliedern der Just.Komm. in Bezug auf den Gegenstand jener „Konstatirung" abgegebenen Erklärungen lassen aber auch so wenig, wie der Inhalt der Konstatirung selbst, die Bedeutung derselben klar erkennen. Sie lassen ungewiß, ob die Worte: „die Verhandlung vollständig abgeschlossen", sich bloß auf diejenige Hauptverhandlung beziehen sollen, in welcher den Richtern die für das schwerere Delikt sprechenden neuen Umstände entgegentreten, oder ob, auch wenn das Gericht bereits von seiner Unzuständigkeit überzeugt ist, der sofortigen vollständigen Erhebung des Beweises aber entgegensteht, daß an sich erhebliche Beweismittel nicht zur Stelle sind, die Hauptverhandlung ausgesetzt und die Beweisaufnahme in einer neuen fortgesetzt werden soll. Die von dem Abg. **Hauck** erst nach der erwähnten „Konstatirung" in derselben Sitzung gemachte zutreffende Bemerkung: „Wenn sich beim Schöffengericht erst im Laufe der Verhandlung ein Umstand herausstelle, welcher die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung begründe, so sei nicht abzusehen, wie über diesen Umstand stets eine erschöpfende Beweisaufnahme gepflogen werden könne" (S. 981) — ist unbeantwortet geblieben. Der Abg. **Herz** erklärte gleichfalls nach der „Konstatirung" (S. 989): Die Ansicht, daß das Schöffengericht, auch wenn es sich nach dem Gange der Verhandlung für nicht mehr zuständig erkläre, dennoch die Sache weiterführen solle; theile er nicht; wogegen der Abg. **Becker** „alle für diese Lage in Betracht kommenden Beweismittel" erschöpft wissen wollte.

Die vorstehend hervorgehobenen Worte: „Die Verhandlung vollständig abgeschlossen", lassen aber auch ferner unbestimmt, ob sie sich nur auf die schwerere That, von der allein der Abs. 1 des § spricht, beziehen, oder ob — wofür die allgemeine Fassung jener Worte spricht

— das Gericht auch verpflichtet sein soll, in Bezug auf die Thäterschaft vollständig zu verhandeln und den gegenwärtigen — event. den zu einer späteren Hauptverhandlung herbeizuschaffenden — Beweis selbst dann zu erheben, wenn sich die Sachlage in Bezug auf die Thäterschaft seit dem Eröffnungsbeschlusse (§ 205) in keiner Weise geändert hat, der Gerichtshof auch die dem letzteren zum Grunde liegenden aktenkundigen Verdachtsgründe zur Belastung des Angeklagten für ausreichend erachtet.

Der Geh. ObRRth. **Hanauer** bemerkte zur Rechtfertigung der Ansicht, daß auch der Mangel einer stattgehabten Voruntersuchung durch das Verfahren in der Hauptverhandlung behoben werde: „wenn, wie zugeschehen habe, in letzterer vollständig verhandelt werde, so sei damit die Vertheidigung für die künftige Hauptverhandlung vor dem höheren Gericht zur Genüge vorbereitet. Allein auch diese Aeußerung läßt von den vorerwähnten Gesichtspunkten aus nicht mit Sicherheit erkennen, welcher Sinn mit den Worten „vollständig verhandeln" verbunden worden ist.

Von den Kommentatoren bespricht die vorliegende Frage mit vollkommner Bestimmtheit

Keller. Er sagt zwar vorangehend: (S. 292. 5) Die Unzuständigkeit sei schon auszusprechen, wenn der Angeklagte der schwereren That hinreichend verdächtig erscheine, ein Satz, der sich sowohl auf die That selbst, wie auf die Thäterschaft des Angeklagten beziehe; er fährt aber dann unter Hinweisung auf die oben mitgetheilte „Konstatirung" und die vorstehend angeführte Aeußerung des 2c. **Hanauer** fort:

> „Eine Ansicht darüber, ob ein hinreichender Verdacht vorliegt, kann aber nur gewonnen werden, wenn der Richter den ganzen ihm vorliegenden Beweisstoff erschöpft. Es ist deshalb das Gericht verpflichtet, die Beweisaufnahme vollständig durchzuführen, und „es muß erst die Verhandlung vollständig abgeschlossen sein, ehe es seine sachliche Unzuständigkeit aussprechen kann."

Auch **Thilo** sagt S. 317. 3:

> „Vorausgesetzt wird hierbei, daß die Verhandlung vollstän-

dig abgeschlossen sein muß, ehe eine Verweisung nach § 270 stattfinden kann, und daß es nicht genügt, den Beweis nur so weit vorzunehmen, als derselbe auf die Beurtheilung der Kompetenz von Einfluß ist.“

Dalcke S. 169. 1 und **Löwe** S. 652. 2. a. erklären ebenfalls: die Hauptverhandlung müsse erst vollständig „abgeschlossen“ „zu Ende geführt“ sein, bevor das Gericht sich für unzuständig erklären könne. Letzterer fügt hinzu:

„Dies gilt auch dann, wenn das Gericht lediglich aus rechtlichen Gründen, also ohne daß neue Thatumstände hervorgetreten sind, von dem Eröffnungsbeschlusse abweichen und der That eine Qualifikation beilegen will, vermöge deren dieselbe seine Zuständigkeit überschreitet; auch in diesem Falle muß die Verhandlung durchgeführt werden, weil dieselbe ja möglicherweise thatsächliche Momente ergeben kann, welche zu einer Aufrechthaltung der in dem Beschlusse angenommenen Qualifikation führen.“

von Schwarze bemerkt S. 435. 2:

„Das Gericht kann den Verweisungsbeschluß nur erlassen,

a) nachdem die Verhandlung vollständig abgeschlossen worden ist; wie dies in der Kommission ausdrücklich konstatirt wurde;
b) wenn das Gericht den Thäter der ihm zur Last gelegten schwereren That für genügend verdächtig hält.

Voitus S. 296. 1:

„Der Abs. 1 spricht nur von einer Verweisung „nach dem Ergebnisse der Verhandlung“, also nach beendeter Verhandlung und Beweisaufnahme“

und er knüpft hieran die Bemerkung, daß, wenn sich in schöffengerichtlichen Untersuchungen schon bei der Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens herausstelle, daß die Majorität das Gericht, weil eine schwerere Strafthat vorliege, für unzuständig erachte, und nicht der Fall der Nothwendigkeit einer Voruntersuchung vorliege, eine vollständige Verhandlung der Sache zwecklos sein werde.

Allein auch diese Ausführungen der Kommentatoren lassen eine nähere auf den Inhalt der Vorschriften des § gegründete Mo-

tivirung der Ansicht vermissen: daß das Gericht zur Erklärung seiner Unzuständigkeit unbedingt nur gelangen könne, nachdem die ganze Hauptverhandlung zu Ende geführt — also in objektiver und subjektiver Beziehung nicht bloß die Parteien vernommen, sondern auch der Beweis nach beiden Richtungen hin vollständig erhoben — worden sei. Diese Ansicht findet auch so wenig in den Worten des Abs. 1: „nach dem Ergebniß der Verhandlung" ihre Rechtfertigung, als sie durch die Mot. des Entwurfs, oder durch rationes de lege ferenda unterstützt wird.

Zunächst kann nicht zugegeben werden, daß die Worte: „die Verhandlung" — selbst ganz in abstracto, ohne Rücksicht auf den Sinn, in welchem sie hier nach ihrer Stellung im § 270 Abs. 1 aufzufassen sind — nöthigen, darunter eine in Bezug auf die Erhebung des von den Parteien angetretenen Beweises vollständig zu Ende geführte Hauptverhandlung zu verstehen.

Nicht nur nach der allgemeinen juristischen, sondern auch nach der Terminologie der StPO. passen die Worte „Verhandlung" „Ergebniß der Verhandlung" eben so wohl auf eine aus Gründen sachlicher Zweckmäßigkeit oder aus äußerer Veranlassung vor Erhebung des vollständigen Beweises für abgeschlossen oder abge- bzhw. unterbrochen erklärte Verhandlung, als auf eine solche, in welcher sämmtliche Beweismittel erschöpft worden sind. In Bezug auf die StPO. ergiebt sich dies schon aus dem § 244 Abs. 2, wo das Wort „Verhandlung" gebraucht ist, obgleich dem Gericht nachgelassen ist, die Beweisaufnahme auf Abhörung eines Theils der Zeugen u. s. w. zu beschränken.

Nächstdem ist aber, als für die vorliegende Frage wesentlich ins Auge zu fassen, daß im § 270 die Worte: „nach dem Ergebniß der Verhandlung" überhaupt gar nicht dazu bestimmt oder geeignet sind, dem Gericht Anweisungen über sein Verfahren zu ertheilen, geschweige denn ihm Vorschriften über die Ausdehnung desselben in Bezug auf die Beweisaufnahme zu ertheilen. Vielmehr ist in demselben lediglich eine Voraussetzung ausgesprochen, unter welcher etwas geschehen soll; aus ihnen ist mithin die dem Gericht in der mehrerwähnten „Konstatirung" auferlegte Verpflichtung in keiner Weise herzuleiten.

„Auch in den Mot. zu dem Entwurf fehlt es nicht nur an jeder Andeutung, daß — wie es in der „Konstatirung" heißt — „die Ver-

handlung vollständig abgeschlossen" sein müsse, sondern dieselben geben im Gegentheil zu erkennen, daß das Gericht, sobald während der Hauptverhandlung solche Umstände hervortreten, welche den Verdacht eines schwereren Delikts, als das im Eröffnungsbeschluß vorausgesetzte, erregen, mit seinem weiteren Verfahren, insbesondere der Beweisaufnahme, einhalten dürfe, sobald jener Verdacht den Grad von Stärke erreicht, wie ihn der § 201 StPO. zur Eröffnung des Hauptverfahrens erfordert. Es heißt dort S. 161 Abs. 1:

> „Hier wird bei einer Unzuständigkeitserklärung das Gericht sich lediglich auf den Standpunkt desjenigen Richters zu stellen haben, der über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt (§ 168 des Entw.); es wird also die Unzuständigkeit auszusprechen sein, wenn hinreichender Verdacht dafür vorhanden ist, daß das schwerere Verbrechen, im Gegensatze zu dem in der Anklage behaupteten geringeren, begangen sei. Demgemäß soll der Beschluß, welcher die Unzuständigkeit ausspricht, nach Inhalt und Form den Erfordernissen eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses entsprechen."

Es werden also — im Gegensatze zu einer vollständig zu Ende geführten auch die Thäterschaft umfassenden Beweisaufnahme — nur solche Ermittelungen vorausgesetzt, welche einen dem § 201 entsprechenden „hinreichenden Verdacht" für das schwerere Delikt begründen.

Hiermit im Einklange verlangt auch der Abs. 2 des § 270 nur, daß der Beschluß den „Erfordernissen eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses" entspreche. Als ein solches Erforderniß ist aber in jenem § 201 nur ein „hinreichender Verdacht" angegeben. Das Gesetz hätte daher den Abs. 2 nicht so, wie geschehen, fassen können, wenn es das Gericht hätte verpflichten wollen, die Beweisaufnahme auch dann noch weiter und vollständig zu Ende zu führen, wenn ihm schon die Ergebnisse der auf den objektiven Thatbestand bezüglichen Beweisaufnahme die Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit gewähren. Mindestens hätte der Abs. 2 eine Hindeutung auf eine solche, aus seiner jetzigen Fassung nicht herzuleitende Verpflichtung des Gerichts enthalten müssen.

Mangels einer solchen werden die Worte des Abs. 1: „Stellt sich

nach dem Ergebnisse der Verhandlung ꝛc." in Verbindung mit der Vorschrift des Abs. 2 zu interpretiren und dahin aufzufassen sein:

Stellt sich bei dem Verfahren in der Hauptverhandlung ein hinreichender Verdacht (§ 201 StPO.) heraus, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That eine solche sei, welche u. s. w.

Die Absicht, dem Gericht für alle Fälle bindende Vorschriften bezüglich der Grenzen seines Verfahrens in der Hauptverhandlung zu ertheilen, mußte der Gesetzgebung auch schon aus dem Grunde fern liegen, weil sich erfahrungsmäßig die Sachlage in den einzelnen Fällen der hier vorliegenden Art in Bezug auf den objektiven und subjektiven Thatbestand in dem Grade verschieden gestaltet, daß es bei der Redaktion des § weder möglich war, alle Eventualitäten ins Auge zu fassen, noch solche allgemeine Bestimmungen zu treffen, die dafür bürgten, daß ihre Befolgung in keinem Falle, wie die Sachlage auch sein möge, mit Nachtheilen für den Zweck der Untersuchung verknüpft sei.

In der Just.Komm. ist wiederholentlich — S. 416. 418. 979. 980 — hervorgehoben worden, daß die Bestimmung des Abs. 2 des § die sehr bedenkliche Folge habe, daß die Hauptverhandlung selbst in solchen Fällen die Voruntersuchung zu ersetzen bestimmt sei, in welchen diese vom Gesetz als unerläßlich vorgeschrieben sei. Die Berechtigung dieses Bedenkens ist ja nicht zu verkennen; dasselbe kann aber doch nicht den in völliger Allgemeinheit und ausnahmelos in der „Konstatirung" enthaltenen und in gleicher Weise von Kommentatoren ausgesprochenen Satz rechtfertigen, „daß die Verhandlung vollständig abgeschlossen sein müsse, ehe eine Verweisung stattfinde." Denn der so redigirte Satz schließt auch den Fall einer vor dem Beschlusse des § 205 stattgehabten Voruntersuchung in sich. Wird nun durch das in der Hauptverhandlung zur Sprache gekommene novum ausschließlich der objektive Thatbestand berührt und ist in Bezug auf diesen der Verdacht eines schwereren Delikts so stark, daß das Gericht und die Staatsanwaltschaft die Nothwendigkeit der Verweisung der Sache an das höhere Gericht für zweifellos halten, wird ferner der Angeklagte durch die dem Eröffnungsbeschlusse zum Grunde liegenden Ergebnisse der Voruntersuchung der Thäterschaft — wie des leichteren, so des schwereren — Delikts in dem Grade verdächtigt, daß das Gericht ihn

der Strafthat, wie früher bei dem Eröffnungsbeschluß, so jetzt nach der Veränderung der objektiven Sachlage für zweifellos schuldig erachtet, so forscht man doch vergebens nach einem Grunde, welcher das Gesetz hätte veranlassen können, das Gericht in einem solchen Falle zu verpflichten, auch in Bezug auf die Thäterschaft den vollständigen Beweis zu erheben.

Aber auch, wenn eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat, würden häufig Fälle eintreten, wo das Gericht zu einer Fortsetzung der Verhandlung noch nach erlangter Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit würde schreiten müssen, obgleich die Unzweckmäßigkeit und selbst Schädlichkeit dieses Verfahrens zweifellos erschiene. Ist beispielsweise die Untersuchung — gleichviel, ob im Wege der Privat- oder der öffentlichen Klage — wegen einfacher Körperverletzung eingeleitet, der Staatsanwalt behauptet aber beim Beginn der Hauptverhandlung, unter Berufung auf das Gutachten des auf sein Ansuchen erschienenen Gerichtsarztes, daß der Verletzte in der Zwischenzeit seit dem Eröffnungsbeschlusse als Folge der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Verletzung ein Auge verloren habe, bestätigt der Arzt diesen Kausalnexus durch medizinwissenschaftliche das Gericht überzeugende Gründe, und wird endlich der aus den Vorverhandlungen gegen den Angeklagten sich ergebende, bei dem Eröffnungsbeschluß für das Gericht leitend gewesene Verdacht durch den später eingetretenen schwereren Erfolg der That in keiner Weise alterirt, so würde das Gericht mit Recht behaupten, daß ihm das Gesetz durch die Verpflichtung, den Beweis nach allen Richtungen hin vollständig zu erheben, eine zwecklose Thätigkeit zumuthe.

Aber auch mit Nachtheilen für den Gang der Untersuchung würde diese Maßregel bei solcher Sachlage nicht selten verknüpft sein. Denn, von dem Zwecke des in der „Konstatirung" niedergelegten Beschlusses der Just.Komm. ausgegangen, dürfte sich das Gericht nicht auf die Erhebung des in der Hauptverhandlung gegenwärtigen Beweises einschließlich der demnächst vor dem zuständigen Gericht zu wiederholenden Beeidigung der Zeugen beschränken, es müßte vielmehr beim Ausbleiben eines — selbst im Vorverfahren bereits vereideten — Zeugen unter Aussetzung der Hauptverhandlung einen neuen Audienztermin auch dann zum Zwecke der Vernehmung auch dieses

Zeugen anberaumen, wenn es den in der Hauptverhandlung erhobenen Beweis zur Begründung eines „hinreichenden Verdachts“ gegen den Angeklagten für ausreichend erachtete. Ja selbst die erst im Laufe der Hauptverhandlung erfolgte Namhaftmachung neuer Zeugen würde zu einer solchen Prozedur Anlaß geben können. § 245 StPO.

Das Bedenkliche des konstatirten Beschlusses der Just.Komm. tritt aber mit besonderer Schärfe hervor, wenn berücksichtigt wird, daß ein den Abs. 1 u. 2 des §. 270 entsprechender Beschluß nicht bloß in der ersten, vor demjenigen Gericht, welches den Eröffnungsbeschluß (§§. 201, 205) erlassen hat, stattfindenden, sondern auch in der Hauptverhandlung des höheren Gerichtes, an welches das erstere die Sache verwiesen hat, nöthig werden kann. Denn, ist in dem oben angeführten Beispiel der Verletzte nach ärztlichem Ausspruch in der Zwischenzeit seit der Hauptverhandlung des Schöffengerichts, in welcher die Sache nach §. 224 StGB. und §. 73 GVG. an das Landgericht verwiesen worden ist, bis zu der neuen vor letzterem anberaumten Hauptverhandlung in Folge der Verletzung gestorben, so müßte das Landgericht, bevor es die Sache auf Grund des §. 226 StGB. an das Schwurgericht verweisen dürfte, auch seinerseits wieder „die Verhandlung vollständig abschließen“.

Endlich ist das sehr erhebliche, bereits von **Löwe** a. a. O. und **Voitus** S. 296. 1, beregte Moment gegen die Ansicht der Just.Komm. und der ihr zustimmenden Kommentatoren geltend zu machen, daß das Gericht die Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit keinesweges, wie die Worte des Abs. 1 des §. 270: „nach den Ergebnissen der Verhandlung“ voraussetzen, nur in Folge einer im Laufe der Verhandlung sich ergebenden veränderten Sachlage, sondern schon durch die Verlesung des Eröffnungs-Beschlusses gewinnen kann, wenn nämlich die Mehrheit der Mitglieder die diesem Beschlusse zum Grunde liegende Rechtsansicht für irrig hält, weil es in den darin angeführten Thatsachen ein schwereres Delikt erkennt. Fälle der Art können insbesondere bei Schöffengerichten, wo der Eröffnungsbeschluß von dem Amtsrichter allein ausgeht, eintreten, wenn beispielsweise die Schöffen den im Eröffnungsbeschlusse beschriebenen Raum, in welchem ein mittelst Einsteigens ausgeführter Diebstahl verübt worden, für einen um-

schlossenen halten (§. 243 Nr. 2 StGB.), während der Amtsanwalt und der Amtsrichter ihm diese Eigenschaft nicht beigelegt haben.

In schöffengerichtlichen Untersuchungen tritt in derartigen Fällen das Zwecklose einer vollständigen Erschöpfung der Beweisaufnahme vorzugsweise dann hervor, wenn die Sache dem Schöffengericht nach stattgehabter Voruntersuchung, bzhw. dem im Abs. 1 des §. 199 vorgeschriebenen Verfahren vom Landgericht auf Grund des §. 75 GVG. überwiesen worden ist, ersteres sich aber in Folge abweichender Rechtsansicht zur Aburtheilung derselben nicht für zuständig erachtet, und sie deshalb an das Landgericht zurückzuweisen beschließt. Denn in solchen Fällen hat das Landgericht seine Ansicht von der Zulänglichkeit des gegen den Angekl. vorliegenden Verdachts bereits in dem Eröffnungs- bzhw. Ueberweisungs-Beschlusse ausgesprochen; es ist daher kein Zweifel, daß dasselbe, wenn die Sache auch ohne vor dem Schöffengericht stattgehabte Beweisaufnahme zu ihm zurückkehrt, den Termin zur Hauptverhandlung sofort ohne jede Nachholung im Vorverfahren anberaumen wird.

Fälle der Verweisung der Sache an das höhere Gericht lediglich wegen Abweichung von der Rechtsansicht des Eröffnungsbeschlusses können aber auch bei dem Landgerichte vorkommen; wenn z. B. der Eröffnungsbeschluß die Anwendbarkeit des §. 96 StGB. für ausgeschlossen erachtet, weil Derjenige, gegen welchen die Thätlichkeit verübt worden, für ein Mitglied des „landesherrlichen Hauses" nicht gelten könne, während der Gerichtshof diese Ansicht in der Hauptverhandlung für eine rechtsirrthümliche und demzufolge sich für unzuständig erachtet. Auch in einem solchen Falle müßte nach der hier bekämpften Ansicht der Just.Komm. vor der Verweisung der Sache an das Schwurgericht der gesammte Beweis vom Landgericht erhoben werden.

Der GORR. Hanauer hat diese Fälle in der Sitzung vom 16. Juni 1876, S. 990 der Prot. bei Bekämpfung eines Antrags (S. 988), wonach das Gericht sich in der Hauptverhandlung auf den Unzuständigkeits-Beschluß beschränken und in Folge desselben event. eine Voruntersuchung oder ein Vorverfahren veranlassen sollte, mit dem Hinzufügen erwähnt, daß dieselben häufiger seien, als die der Veränderung der Sachlage. Die bezüglichen Bemerkungen des 2c. Hanauer bildeten jedoch den Schluß der den §. 270 betreffen-

den gesammten Berathungen in der Just.Komm. und es ist die Frage, ob auch in solchen Fällen das Gericht die Hauptverhandlung einschließlich der Beweisaufnahme, dem mehrerwähnten konstatirten Beschlusse entsprechend, zu Ende führen solle, so weit die Prot. darüber Auskunft geben, weder in erster noch in zweiter Lesung Gegenstand der Berathung Seitens der Mitglieder der Just.Komm. gewesen. Da indeß in jenem völlig allgemein gefaßten Beschlusse eine Ausnahme für Fälle der vorliegenden Art nicht ausgesprochen ist, wird um so mehr davon auszugehen sein, daß derselbe nach der Absicht der Just.Komm. auch auf diese Fälle habe Anwendung finden sollen, als rc. **Hanauer** S. 990 bemerkt: die Gegner der sofortigen Verweisung an das zuständige Gericht wollten auch in diesen Fällen eine Voruntersuchung oder ein Vorverfahren eintreten lassen.

Die Mot. haben den Fall, daß das Gericht schon vor dem Eintritt in die Verhandlung in Folge der Abweichung seiner Rechtsansicht von der dem Eröffnungsbeschlusse zum Grunde liegenden die Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit gewinnt, nicht ins Auge gefaßt. Allein die oben mitgetheilten Worte S. 161: „die Unzuständigkeit wird auszusprechen sein, wenn hinreichender Verdacht dafür vorhanden ist, daß das schwerere Verbrechen, im Gegensatz zu dem in der Anklage behaupteten geringeren begangen sei", stehen auch der Zulässigkeit sofortiger Verweisung der Sache vom Schöffengericht an das Landgericht in einem Falle wie der des oben angeführten Beispiels eines durch Einsteigen in einem umschlossenen Raum verübten Diebstahls keinesfalls entgegen, sofern nur das Schöffengericht die in dem Eröffnungsbeschluß angegebenen Thatsachen in allen Beziehungen zur Begründung des Verdachts gegen den Angekl. für ausreichend hält. Denn in einem solchen Falle liegt ja das in dem Mot. hervorgehobene Erforderniß hinreichenden Verdachts vor.

Löwe will — wie oben mitgetheilt — auch in Fällen der hier besprochenen Art, wo es sich nur um eine Verschiedenheit der Rechtsansichten im Gegensatze zu einer Andersgestaltung der Sachlage in der Hauptverhandlung handelt, „die Verhandlung durchgeführt" wissen, weil dieselbe möglicherweise thatsächliche Momente ergeben könne, welche zur Aufrechthaltung der in dem Eröffnungsbeschluß angenommenen Qualifikation der That führten. Allein die bloße Möglichkeit

eines derartigen Ergebnisses einer vollständigen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung kann wohl hier, wo es sich um eine im Abs. 2 des § 270 einem Eröffnungsbeschlusse gleichgestellte Anordnung handelt, die Nothwendigkeit der Erhebung des gesammten sich darbietenden Beweises nicht begründen; hätte doch sonst die StPO. auch im §. 201 die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht schon, wenn die Voruntersuchung, bzhw. das Vorverfahren, den Angekl. „hinreichend verdächtig erscheinen" läßt, zulassen, vielmehr erst nach Erschöpfung aller zur Ermittelung und Aufklärung des Sachverhältnisses geeigneten Mittel gestatten dürfen. Aber auch selbst die Möglichkeit der Erzielung eines solchen Ergebnisses der Fortführung der Hauptverhandlung, wie Löwe unterstellt, wird in Fällen der hier in Rede stehenden Art häufig ganz ausscheiden. Wie sollte ein solches Resultat in dem oben angeführten aus dem § 96 StGB. hergenommene Beispiel eintreten, wenn das Verhältniß, in welchem der durch Thätlichkeiten Beleidigte zum Landesherrn steht, notorisch, und allseitig als unstreitig anerkannt ist, und das Ergebniß des Vorverfahrens und der Eröffnungsbeschluß auch nach keiner anderen Richtung hin zu Zweifeln Anlaß darbieten?

Nun würde sich zwar allerdings geltend machen lassen, daß der §. 270 Fälle der hier besprochenen Art überhaupt nicht zum Gegenstande habe, vielmehr im Abs. 1 voraussetze, daß die That durch das „Ergebniß der Verhandlung" als die Zuständigkeit des Gerichts überschreitend dargestellt werde, während hier die Ansicht des Gerichts von seiner Unzuständigkeit lediglich auf einer Abweichung seiner rechtlichen Meinung von der dem Eröffnungsbeschluß zum Grunde liegenden beruhe. Allein theils ist, wie erwähnt, auch dieser letztere Fall sowohl von dem Vertreter der Regierungen in der Just.Komm., als von Kommentatoren, als unter die Vorschrift des § fallend angesehen worden, theils würde, von der Unanwendbarkeit des § auf solche Fälle ausgegangen, auch die Beziehbarkeit des hier bekämpften Ausspruchs der Just.Komm. auf dieselben fortfallen. —

Diese Betrachtungen in ihrer Verbindung mit einander dürften zu der Ueberzeugung führen, daß der in der Just.Komm. festgestellte und in den erwähnten Kommentaren gebilligte Satz: „die Hauptverhandlung müsse, ehe die Verweisung stattfinde, vollständig abgeschlossen sein", weder aus den Vorschriften des § 270 herzuleiten ist, noch

dem Bedürfniß der Praxis entspricht, daß vielmehr das Gericht, Mangels bindender Vorschriften in Bezug auf die Art und die Grenzen seines Verfahrens, in jedem einzelnen Falle nach seinem durch die Lage der Sache und die vorwaltenden Umstände geleiteten Ermessen darüber zu befinden hat, welche Maßnahmen dem Zwecke der Untersuchung entsprechen, ob es also schon vor dem Eintritt in die Beweisaufnahme nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des Angekl., bezhw. seines Vertheidigers, den im Abs. 1 bezeichneten Beschluß zu fassen habe, oder ob und welche Maßregeln zuvor behufs weiterer Aufklärungen in Bezug auf den Verdacht einer schwereren, seine Zuständigkeit ausschließenden Strafthat und der Thäterschaft, oder zum Zwecke der Verhinderung einer Verdunkelung des Sachverhältnisses anzuordnen seien.

Es sind auch Nachtheile für die Strafrechtspflege aus dem dieser Auffassung der Abs. 1 und 2 des § entsprechenden Verfahren nicht zu befürchten; denn das pflichtmäßige Ermessen wird das Gericht bestimmen, in Fällen der gesetzlichen Nothwendigkeit einer Voruntersuchung dem Mangel einer solchen geeigneten Falls durch sachgemäße Nachholungen abzuhelfen, sowie auch der Sache durch eingehendes Verhandeln und Beweisaufnahme in solchen Fällen näher zu treten, wo die Annahme einer schwereren That durch das Urtheil über den dolus des Angeklagten bedingt ist, wenn z. B. Letzterer einer fahrlässigen Brandstiftung angeklagt ist, während sich in der Hauptverhandlung der Verdacht der Absichtlichkeit gegen ihn herausstellt.

Hierzu kommt, daß dem Verweisungsbeschluß im Abs. 2 die Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses ganz allgemein beigelegt sind, mithin alle Rechte, welche dem Angekl. bzhw. dem Vorsitzenden des Gerichts in den §§. 218—220 u. 245 eingeräumt sind, denselben auch im Falle des §. 270 zustehen. Endlich hätte, wenn in der Hauptverhandlung, auch nachdem sich das Gericht bereits von seiner Unzuständigkeit überzeugt hat, der objektive und subjektive Thatbestand erschöpft werden müßte, auch die Beeidigung der Zeugen zu erfolgen, obgleich diese Hauptverhandlung unter jener Voraussetzung nur den Charakter eines Vorverfahrens trägt, die Beeidigung mithin nach §. 65 StPO. der späteren vor dem zuständigen Gericht abzuhaltenden Hauptverhandlung vorzubehalten wäre.

Von der vorstehend befürworteten Auslegung der Abs. 1 u. 2 des §. 270 ausgegangen, wird auch die Eingangs dieser Verhandlung formulirte Kontroverse nach der Ansicht von Löwe und Puchelt also dahin zu entscheiden sein, daß das Gericht, sobald sich ein hinreichender Verdacht für eine objektiv schwerere That herausstellt, den Verweisungsbeschluß zu fassen habe, ohne seinerseits auf eine Prüfung einzugehen, ob der gegen den Angekl. vorliegende Verdacht, diese That begangen zu haben, zu einem Eröffnungsbeschluß (§. 201) ausreiche.

Zunächst stehen dieser Ansicht die ausschließlich von der Qualifizirung der That sprechenden Worte des Abs. 1: „die That, welche die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet", zur Seite. Danach soll das Gericht, sobald es die Ueberzeugung von seiner Unzuständigkeit gewinnt, sich der Beurtheilung der Anklage überhaupt enthalten. Wäre dies nicht beabsichtigt, so hätte die Verpflichtung des Gerichts zur Verweisung der Sache an das zuständige Gericht nicht, wie geschehen, unbedingt als Folge jener Ueberzeugung ausgesprochen werden dürfen, sie hätte vielmehr außerdem auch von dem Urtheil des Gerichts über die Zulänglichkeit des gegen den Angekl. vorliegenden Verdachts abhängig gemacht werden müssen.

Für diese Auslegung der Worte des § und gegen die Zulässigkeit der Einstellung des Verfahrens und der Außerverfolgungsetzung des Angeklagten spricht aber auch der, bereits von Löwe geltend gemachte Grundsatz der StPO., daß eine, den Bestimmungen der §§. 201, 205 entsprechend, durch Gerichtsbeschluß anhängig gewordene zur Hauptverhandlung gediehene Untersuchung nicht durch einen anderen Beschluß wieder aufgehoben werden darf. „Die Hauptverhandlung — heißt es im §. 259 — schließt mit dem Erlassen des Urtheils". Die im Abs. 2 dieses § hinsichtlich der s. g. Antrags-Delikte, und in den §§ 429 und 433 in Betreff der Privatklage statuirten Ausnahmen bestätigen die gedachte Regel und führen zu dem Schlusse, daß es bei letzterer bewende, wo es — wie hier im §. 270 — an einer Ausnahmebestimmung im Gesetz fehlt.

Den Gerichten für Fälle der hier in Rede stehenden Art eine Abweichung von jener Regel zu gestatten, verbot sich aber auch im Interesse des Angekl., der, wenn er seine Unschuld nachgewiesen, oder

doch die gegen ihn vorgebrachten Verdachtsgründe beseitigt hat, zu verlangen berechtigt ist, daß er von der in den Formen des geordneten Rechtsverfahrens gegen ihn erhobenen und durch die Hauptverhandlung veröffentlichten Anklage der Verübung einer Strafthat im vorschriftsmäßigen Wege eines richterlichen Urtheils gereinigt werde, während die von **Keller** befürwortete „Außerverfolgungsetzung" ihm die Möglichkeit des Nachweises, daß die Anklage mit Unrecht gegen ihn erhoben sei, entzieht. Wenn **Keller** a. a. O. für seine Ansicht den — ohnehin nur auf Fälle stattgehabter Voruntersuchung bezüglichen — § 196 StPO. in Bezug nimmt, so steht ihm entgegen, daß dieser §, nach welchem das Gericht entscheiden soll: ob das Hauptverfahren zu eröffnen, oder der Angekl. außer Verfolgung zu setzen, oder das Verfahren vorläufig einzustellen sei, nicht auf solche Fälle paßt, wo, wie der hier zur Beurtheilung vorliegende § 270 voraussetzt, bereits in die Hauptverhandlung eingetreten ist.

Dasselbe gilt von der von dem Geh. ORRth **Hanauer** am Schlusse der Diskussion über den § 229 des Entw. (§ 270 StPO.) S. 991 der Prot. unter Hinweisung auf die Mot. — nach denen bei einer solchen Aenderung des Zuständigkeitsverhältnisses das Gericht die Aufgabe der Rathskammer habe — gemachten Bemerkung:

„Allerdings würde eine contradictio in adjecto vorliegen, wenn ein Gericht sage: es sei zur Aburtheilung eines gewissen Delikts zwar nicht zuständig, aber den Beschuldigten von diesem Delikt freispreche. Nehme man jedoch an, daß das Gericht in einem solchen Falle an die Stelle der Rathskammer trete, so gelange man überhaupt nicht zu einer Freisprechung, sondern, wenn genügender Verdacht nicht vorliege, zu einem Gerichtsbeschlusse, welcher auf Einstellung des Verfahrens oder Außerverfolgungsetzung gehe.

Denn auch in dieser Ausführung ist außer Erwägung geblieben, daß das Verfahren bis zur Hauptverhandlung gediehen ist, in Folge dessen die Untersuchung, Mangels einer Ausnahme-Bestimmung, in einer solchen Verhandlung zum Abschlusse kommen muß.

Auch die von ꝛc. **Hanauer** a. a. O. in Bezug genommenen Mot. lassen einen Schluß darauf, daß dem Gericht gestattet sei, anstatt der

im Abs. 1 des § unbedingt vorgeschriebenen Verweisung, die Einstellung des ganzen Verfahrens zu beschließen, nicht zu. Denn, wenn dort S. 161 gesagt ist:

> Bei einer Unzuständigkeitserklärung werde das Gericht sich lediglich auf den Standpunkt desjenigen Richters zu stellen haben, der über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließe; es werde also die Unzuständigkeit auszusprechen sein, wenn hinreichender Verdacht dafür vorhanden sei, daß „das schwerere Verbrechen, im Gegensatze zu dem in der Anklage behaupteten geringeren begangen sei",

so heißt dies: Das Gericht habe bei der Prüfung der für die schwerere That vorliegenden Verdachtsgründe nach dem § 201 zu verfahren, und falls es diesen Verdacht für „hinreichend" erachte, die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen, entgegengesetzten Falls aber selbst in derselben durch Urtheil zu entscheiden.

Daß dies der Sinn jenes Passus der Mot. ist, wird dadurch bestätigt, daß dieselben in sämmtlichen den § 229 des Entw. betreffenden vier Sätzen ausschließlich von der That (objektiv) und dem Gegensatze zwischen dem durch die Hauptverhandlung herausgestellten schwereren, und dem im Eröffnungsbeschlusse angenommenen geringeren Delikt handeln, ohne sich mit der Thäterschaft irgendwie zu beschäftigen, geschweige denn die Frage ins Auge zu fassen, wie das Gericht zu verfahren habe, wenn es den gegen den Angeklagten geltend gemachten Verdacht sowohl bezüglich des schwereren als des leichteren Delikts für widerlegt, oder doch dergestalt für abgeschwächt erachte, daß das „Schuldig" nicht gegen ihn ausgesprochen werden könne.

Endlich kann auch gegen das vorstehend vertheidigte Votum von **Löwe** und **Puchelt** nicht eingewendet werden, daß nach Abs. 2 des § der Verweisungsbeschluß den Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses entsprechen solle, zu diesen Erfordernissen aber auch der Ausspruch gehöre, daß gegen den Angeklagten ein hinreichender Verdacht, die That begangen zu haben, vorliege. Denn, hat der Abs. 1 lediglich die Veränderung der objektiven That und die Frage der Zuständigkeit des Gerichts zum Gegenstande, macht er die Verpflichtung des Gerichts zur Verweisung der Sache an das zuständige Gericht allein von der Anerkennung seiner Unzuständigkeit abhängig, so folgt hieraus, daß auch im Abs. 2

nur der im Abs. 1 charakterisirte, also ein solcher Beschluß gemeint ist, welcher sich auf den Ausspruch beschränkt, daß, und aus welchen Gründen die den Gegenstand der Untersuchung bildende That eine schwerere, seine Zuständigkeit überschreitende Strafe zulasse. Demgemäß wird der Verweisungsbeschluß in Betreff der Schuldfrage den Eröffnungsbeschluß unberührt zu lassen und das Urtheil darüber, ob der Angeklagte das — schwerere, event. das leichtere — Delikt verübt habe, dem höheren Richter auf Grund der Ergebnisse der vor diesem stattfindenden neuen Hauptverhandlung zu überlassen haben.

Eine fernere Meinungsverschiedenheit betrifft

II. den Abs. 3 des § 270, soweit er sich auf das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft bezieht, insbesondere die Voraussetzungen, unter denen derselben dies Recht zusteht.

Löwe — dem sich **von Bomhard** S. 202—7, **Mewes** S. 127 Anm. 50 und **Puchelt** S. 441. 6 anschließen — führt S. 655. 13 aus:

„Die analoge Anwendung des § 209 führt dahin: daß der Staatsanwaltschaft die (sofortige) Beschwerde nur zusteht, wenn die Erlassung der Unzuständigkeitserklärung von ihr beantragt war, der Beschluß aber die Sache nicht an das in dem Antrage bezeichnete, sondern an ein Gericht niederer Ordnung verwiesen, z. B. wenn das Schöffengericht nicht, wie beantragt, das Schwurgericht, sondern die Strafkammer als zuständig bezeichnet hat."

Keller S. 293. 10 räumt der Staatsanwaltschaft das Recht der Beschwerde gegen den die Unzuständigkeit des Gerichts aussprechenden Beschluß, falls derselbe ihrem Antrage nicht entspricht, allgemein, also auch für solche Fälle ein, wo durch denselben die Sache an ein höheres als das von ihr bezeichnete Gericht verwiesen worden ist.

Dagegen wollen derselben das Anfechtungsrecht gewähren, auch wenn der Gerichtsbeschluß nicht einem von ihr gestellten Antrage zuwiderläuft:

Dalcke, welcher S. 169. 5 bemerkt:

Dem Staatsanwalt steht die Beschwerde jedenfalls dann zu, wenn er der Ansicht ist, daß ein noch höheres Gericht zuständig sei, als das in dem Beschlusse bezeichnete. Die Beschwerde

wird ihm aber überhaupt in allen denjenigen Fällen nicht versagt werden können, in welchen er den angefochtenen Beschluß aus Rechtsgründen angreift.

Voitus S. 296. 3 Abs. 3:

„Die dem § von der Just.Komm. gegebene Fassung läßt zwar durch die Hinweisung auf den § 209 darüber keinen Zweifel, daß dem Angeklagten eine Beschwerde gegen den Beschluß überhaupt nicht zusteht. Dagegen ist die in jener Hinweisung mitenthaltene Bezugnahme auf den Abs. 2 des § 209 undeutlich, da beide Voraussetzungen dieses Abs. in dem § 270 nicht zutreffen, mithin auch ihre Vorschriften auf diesen § nicht Anwendung finden können."

Nachdem dies näher ausgeführt worden, ist weiter gesagt:

„Aus dem in dem allegirten § 209 allgemein gebrauchten Ausdruck „Beschwerde" folgt aber — zumal im Hinblick auf die Abänderung des die Beschwerde nur aus Rechtsgründen zulassenden Entwurfs — daß die Beschwerde nicht auf die Geltendmachung von Rechtsgründen beschränkt sein, sondern sich auch auf thatsächliche Erwägungen soll stützen dürfen."

Die Beurtheilung der Streitfrage wird erleichtert, wenn derselben die Geschichte der Entstehung des Abs. 3 in seiner jetzigen, ihm durch die Just.Komm. gegebenen Fassung vorangeschickt wird.

Im Entwurf lautete derselbe (§ 229):

„Der Beschluß kann von dem Angeklagten nicht angefochten werden. Der Staatsanwaltschaft steht gegen denselben die sofortige Beschwerde zu, welche jedoch nur auf Rechtsgründe gestützt werden kann."

Die Just.Komm. ließ bei erster Lesung sowohl diesen, als — in Folge der Umwandlung der Worte des ersten Satzes: „und verweist die Sache an das zuständige Gericht" in: „und verfährt in Gemäßheit der Bestimmungen des § 170" (StPO. § 207) — auch den mit der StPO. übereinstimmenden 2. Abs. gänzlich ausscheiden. Prot. S. 417. 418. Bei der Berathung des § in zweiter Lesung wurde von Abg. **von Puttkamer** die Wiederherstellung des § in der Fassung der Vorlage (Entwurf) beantragt (Prot. S. 978), von dem Abg. **Hauck** dagegen die Umgestaltung des ganzen §, und vom Abg. Dr. **Lasker** die Hinzufügung des im Entw. nicht enthaltenen Abs. 4 beantragt (S. 988).

Darauf heißt es nach dem Schlusse der Berathung bei der Abstimmung S. 991:

„Die Frage, ob an Stelle der Beschlüsse erster Lesung der Antrag **Hauck** treten solle, wird verneint, dagegen die weitere Frage, ob diese Beschlüsse durch die Vorlage mit dem Zusatzantrag **Lasker** ersetzt werden sollen (Antrag **von Puttkamer**), bejaht."

Nach diesem Schlusse war daher der hier in Rede stehende Abs. 3 in der Fassung angenommen:

Der Beschluß kann von dem Angeklagten nicht angefochten werden. Der Staatsanwaltschaft steht gegen denselben die sofortige Beschwerde zu, welche jedoch nur auf Rechtsgründe gestützt werden kann.

Wörtlich so ist er auch von der Just.Komm. in die „Zusammenstellung des Entwurfs einer StPO. mit den Beschlüssen der Kommission" (nach 2. Lesung) — Nr. 7. Deutscher Reichstag 2. Legisl.Per. IV Sess. 1876 — aufgenommen worden.

Nachdem am Schlusse der Sitzung vom 1. Juli 1876 die zweite Lesung der ganzen StPO. bereits vom Vorsitzenden für beendet erklärt worden war (Prot. S. 1137), hatte jedoch die Redaktions-Kommission Vorschläge zur „redaktionellen Abänderung" einer Anzahl §§ ausgearbeitet, über welche der Vorsitzende dieser Kommission in der 163. und 164. Sitzung der Just.Komm. (Prot. vom 19. und 20. Oktbr. 1876) Vortrag hielt. Die dieser letzteren Sitzung zum Grunde gelegte „Anlage sub H" enthielt solche Abänderungen unter den Nrn. 49 b — 63. Dieselben wurden von dem Vorsitzenden der Red.Komm. sämmtlich als „rein redaktionell" bezeichnet, worauf, ohne ersichtliche vorgängige Besprechung derselben im Protokoll gesagt ist: „Nach Vortrag der vorgeschlagenen redaktionellen Abänderungen wurden dieselben nach der sub H bewirkten Zusammenstellung einstimmig von der Komm. genehmigt.

Die Nr. 49 b jener Abänderungen betrifft den hier in Rede stehenden § 229 des Entw. (§ 270 StPO.) und lautet: „Abs. 3 erhält folgende Fassung:

„Die Anfechtbarkeit des Beschlusses bestimmt sich nach den Vorschriften des § 173" (§ 209 StPO.)

Daß diese Umwandlung des von der Just.Komm., wie erwähnt,

unverändert angenommenen, oben mitgetheilten Abs. 3 des Entw., soweit sie das Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft betrifft, nicht für eine „redaktionelle Abänderung" gelten kann, ist nicht zu verkennen. Dr. **von Schwarze** erkennt S. 435. 3 seines Kommentars die materielle Natur derselben durch die Bemerkung: „die Bestimmung des Entwurfs ging betreffs des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft weiter, als § 209", mit dem Hinzufügen an, daß mit der Verweisung auf § 209 das Rechtsmittel des Staatsanwalts ziemlich unpraktisch geworden sei. Allein die Hinweisung des Abs. 3 des § 270 auf den § 209 zieht nicht bloß in der von **von Schwarze** erwähnten Beziehung für das Beschwerderecht des Staatsanwalts *engere* Grenzen als der Entwurf, sondern er *erweitert* dieselben nach einer anderen Richtung hin dadurch, daß er die Beschwerde nicht bloß — wie der Entwurf, durchaus zweckmäßig, — nur aus Rechtsgründen, sondern auch aus thatsächlichen Erwägungen zuläßt.

Der wesentlichste durch jene Abänderung der *Redaktionskommission* (denn für eine von der *Justiz-Kommission* beschlossene wird sie nach dem oben mitgetheilten Vorgange in der Sitzung der letzteren vom 20. Oktobr. 1876 *der Sache nach* nicht gelten können) herbeigeführte Uebelstand besteht aber darin, daß der § 209 auf Fälle des § 270 Abs. 1 u. 2 überhaupt nicht anwendbar erscheint, da die *Voraussetzungen* des § 209 von denen des § 270 verschieden sind.

Löwe gelangt mittelst *analoger* Anwendung des § 209 zu dem Schlusse: daß der Staatsanwaltschaft das Beschwerderecht nur zustehe, wenn 1) sie selbst die Unzuständigkeitserklärung beantragt, und 2) das Gericht die Sache an ein *niedreres* als das von ihr bezeichnete Gericht verwiesen habe. Allein zunächst bedienen sich die StPO. und das GVG., wenn sie eine *analoge* Anwendung einer Vorschrift bezwecken, des Ausdruckes: „entsprechende" (§§ 446, 480. 504 StPO., § 10 GVG). Will man aber auch auf das Fehlen dieses Worts im § 270 kein Gewicht legen, so ist doch auch eine *entsprechende* Anwendung der Vorschriften eines § auf einen anderen nur ausführbar, wenn die thatsächlichen Unterlagen beider mindestens gleich*artig* sind, so daß ein logischer Schluß möglich ist, *welche* Anordnungen des einen § auf den anderen Anwendung finden sollen. In diesem Verhältniß steht aber der § 209 nicht zu dem § 270. **Löwe** gestattet der Staatsanwaltschaft

die Beschwerde, wenn das Gericht die Sache an ein niedreres, als das von ihr bezeichnete verwiesen habe. Der § 209 spricht aber von einem ganz anderen „Gericht niederer Ordnung“ als der § 270, nämlich von einem solchen Gericht, welches niedriger ist, als das beschlußfassende Gericht selbst ist.

Ein anderer wesentlicher Unterschied zwischen beiden §§ besteht darin, daß im Falle des § 209 der Staatsanwalt auf Grund der Vorschrift des § 198 Abs. 1 das Gericht, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll, zu bezeichnen unbedingt verpflichtet ist, während er sich in Fällen des § 270 darauf beschränken darf, der Verweisung der Sache an ein anderes Gericht überhaupt zu widersprechen. Man würde vergebens nach einem Grunde forschen, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, dem Staatsanwalt eine Beschwerde zwar in dem Falle zu gestatten, wenn die Sache an ein niedrigeres Gericht, als das von ihm bezeichnete, verwiesen worden, ihm dagegen das Recht zu einer solchen zu entziehen, wenn er aus Rechtsgründen die Verweisung der Sache an das Landgericht beantragt, das Schöffengericht aber das Reichs- oder Schwurgericht gewählt hat, oder wenn er die Verweisung an ein anderes Gericht überhaupt bekämpft hat, und durch die Beschwerde den Nachtheilen — Verzögerung der Untersuchung und der Haft des Angeklagten, Transport des Letzteren nach einem anderen Orte, Vermehrung der Kosten durch nochmaliges Reisen der Zeugen u. s. w. — vorzubeugen bezweckt, welche mit einer solchen Verweisung unausbleiblich verknüpft sind. Daß im § 209 nur des Falles einer Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung Erwähnung geschieht, findet seine Erklärung darin, daß dort nach § 207 eine solche an ein höheres Gericht überhaupt unstatthaft, während sie in Fällen des § 270 zulässig ist. Die Ansicht, daß die Beschwerde des Staatsanwalts nicht auf Fälle zu beschränken sei, wo von demselben ein Antrag auf Ueberweisung der Sache an ein von ihm namhaft gemachtes Gericht gestellt, und, diesem Antrage entgegen, ein anderes Gericht gewählt worden ist, scheint daher den Vorzug zu verdienen.

Nun sagt zwar das Gesetz nicht, welche Wirkung der Bescheid des Beschwerdegerichts in dem Falle haben soll, wenn er, der Beschwerde willfahrend, die Sache an dasselbe Gericht, welches den angefochtenen Verweisungsbeschluß erlassen hat, als selbst für dieselbe zu-

ständig, zurückweist: ob letzteres, weil durch einen bloßen „Beschluß" des höheren Gerichts — im Gegensatze zu einer in Urtheilsform ergangenen Entscheidung — in seiner richterlichen Sphäre nicht gebunden, in der erneuerten Hauptverhandlung an der Ansicht von seiner Unzuständigkeit festhalten, also den früheren Verweisungsbeschluß wiederholen und dadurch den in der Just.Komm. befürchteten circulus vitiosus (Prot. S. 981) herbeiführen, oder wie es sonst verfahren soll. Allein diese — außerhalb der den § betreffenden Kontroversen liegende und daher hier nicht zur Beurtheilung zu ziehende — Frage, über welche sich auch die Mot. zu dem § 229 des Entw. nicht aussprechen, tritt mit gleicher Schärfe hervor, wenn von **Löwe's** Ansicht ausgegangen wird. Denn, auch wenn die Beschwerde darauf gegründet wird, daß das Schöffengericht die Sache an das Landgericht, anstatt, dem Antrage des Staatsanwalts entsprechend, an das Schwur- oder Reichsgericht verwiesen habe, hat sich das Beschwerdegericht bei seiner Beschlußnahme nicht an den Antrag der Staatsanwaltschaft zu binden, vielmehr die Sache unabhängig von deren Ansicht zu prüfen, und dieselbe demjenigen Gericht zu überweisen, welches es für das zuständige erachtet, sie also an das Schöffengericht zurückzugeben, falls er dessen Zuständigkeit anerkennt. Allerdings muß letzteres alsdann einen neuen Termin zur Hauptverhandlung anberaumen; in demselben steht es aber in derselben Weise vor jener Frage, als wenn die Staatsanwaltschaft in ihrer Beschwerde das Schöffengericht als das zuständige bezeichnet hätte.

Ermächtigt der § 220 StPO. den Vorsitzenden des Gerichts auch zur Anordnung der in § 224 gedachten Augenscheins-Einnahme?

Die Frage wird bejaht von

Keller. Er sagt S. 231. 2: „Der Augenschein wird vom Vorsitzenden angeordnet (§§ 218, 220), die Mitwirkung des Gerichts ist nur im Falle des § 222 erforderlich."

Puchelt S. 383 oben: „Nach der allgemeinen Fassung des § 220 und mit Rücksicht darauf, daß der § 224 nur auf den § 223 verweist, sowie, daß auch der § 248 nicht entgegensteht, kann nicht bloß das Gericht, sondern auch der Vorsitzende den Augenschein durch einen ersuchten oder beauftragten Richter vornehmen lassen."

Anderer Meinung sind

Löwe S. 589. 2: „Da es sich hier, wie im § 222, nicht bloß um die Herbeischaffung eines Beweismittels zur Hauptverhandlung (§ 220), sondern um die Anordnung einer kommissarischen Beweisaufnahme handelt, so kann nur das Gericht, nicht der Vorsitzende für befugt erachtet werden, diese Anordnung zu treffen."

Voitus S. 255 zu § 224: „Da die §§ 218. 220 StPO. nur von Zeugen, Sachverständigen und der Herbeischaffung anderer Beweismittel sprechen, hierunter aber die Aufnahme des gerichtlichen Augenscheins nicht verstanden werden kann, wird letztere nur auf Anordnung des Gerichts, nicht des Vorsitzenden, erfolgen können. Vergl. § 222 St."

Geyer („von Holtzendorff's" Handb. des StPRechts I S. 225. 2) giebt durch die Bemerkung:

„Der Augenschein kann sowohl — in dem Zwischenverfahren zur Vorbereitung der Hauptverhandlung von einem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 224, vergl. die §§ 222 und 223) — vorgenommen werden"

dieselbe Meinung zu erkennen, da er, von **Kellers** und **Puchelts** Ansicht ausgehend, nicht auf die §§ 222 und 223, sondern auf den § 220 hingewiesen haben würde. Eine Bestätigung hierfür wird darin zu finden sein, daß er a. a. O. Nr. 3 sagt: die Augenscheinsaufnahme trete in der Regel schon im Vorverfahren als eine wirkliche Beweisaufnahme mit definitiven Ergebnissen auf, — worin der Gegensatz zu den dem Vorsitzenden im § 220 eingeräumten Befugnissen angedeutet sein dürfte. — Weniger deutlich giebt

Fuchs a. a. O. B. II S. 54 seine Ansicht zu erkennen. Nachdem er die Befugnisse des Vorsitzenden den Worten des § 220 entsprechend mitgetheilt hat, fährt er fort:

„Er (der Vorsitzende) ist in dieser Beziehung an die gestellten Anträge nicht gebunden, und kann durch seine Anordnung sowohl das Belastungs- als das Entlastungsmaterial vermehren. Auch diese Bestimmung enthält eine eklatante Abweichung von dem Anklageprinzip."

Aus diesem Schlußsatz läßt sich allerdings folgern, daß **Fuchs** die Befugnisse des Vorsitzenden nicht über den nächsten Wortsinn des § 220 hinaus anerkennen wird; doch ist seine Ansicht über die Streitfrage, Mangels ihrer ausdrücklichen Besprechung, aus den angeführten Bemerkungen nicht mit Sicherheit zu entnehmen.

Die von **Löwe** und Gen. ausgesprochene Meinung scheint den Vorzug vor der von **Keller** und **Puchelt** vertheidigten zu verdienen.

Die Frage, ob die im § 220 in Bezug auf die Befugnisse des Vorsitzenden, im Gegensatze zu denen des Gerichts, enthaltenen Bestimmungen exceptioneller Natur sind, und aus diesem Grunde restriktiver Auslegung unterliegen, kann dahingestellt bleiben, da auch im Falle ihrer Verneinung die Ausdehnung derselben auf die Anordnung der Augenscheinsaufnahme sich nicht empfiehlt.

Daß die „allgemeine Fassung des § 220" darauf schließen lasse — wie **Puchelt** annimmt — daß die Vorschrift desselben auf die im § 224 erwähnte Einnahme eines richterlichen Augenscheins zu beziehen sei, ist

nicht anzuerkennen. Die Worte, auf die sich jene Ansicht nur stützen kann: „Herbeischaffung anderer Beweismittel" führen vielmehr darauf hin, daß zur Beweisführung geeignete Gegenstände — nach dem früheren juristischen Sprachgebrauche — corpora delicti und dergleichen, von einem anderen Orte, wo sie sich befinden, nach der Gerichtsstätte befördert werden sollen. In diesem die Okular-Inspektion ausschließenden Sinne sind jene Worte auch in den §§ 213. 218. 244 StPO. gebraucht.

Wollte man aber auch auf die Wortfassung nicht zu Gunsten der hier vertheidigten Ansicht Gewicht legen, weil sich dieselbe auch im § 243 Abs. 2 findet, wo doch dem erkennenden Gericht die Befugniß, in der Hauptverhandlung die Aufnahme eines Augenscheins zu beschließen, keinenfalls hat verschränkt werden sollen, so verbietet sich doch die Ausdehnung der Bestimmung des § 220 auf die letztere durch die Stellung, welche das Gesetz diesem §, im Gegensatze zu den darauf folgenden Vorschriften, angewiesen hat. Die §§ 218. 219 regeln das Verfahren, welches bei der „Vorbereitung der Hauptverhandlung" in Bezug auf die von dem Angeklagten bei dem Vorsitzenden beantragte Ladung von Zeugen u. s. w. im Falle der Willfahrung, bzhw. Ablehnung der Anträge stattzufinden hat. Darauf räumt der § 220 dem Vorsitzenden die Befugniß ein, dem § 218 entsprechende Anordnungen auch von Amtswegen zu treffen. Hiermit finden die auf die Funktionen des Vorsitzenden bezüglichen Bestimmungen ihren Abschluß. Es folgen darauf in den §§ 222. 223 eine Maßregel, deren Anordnung das Gesetz dem Gericht — im Gegensatze zum Vorsitzenden — vorbehält, und die darauf bezüglichen Ausführungs-Bestimmungen. Unmittelbar an diese Vorschriften schließt sich der hier in Rede stehende, von einem zur Vorbereitung der Hauptverhandlung noch einzunehmenden Augenschein handelnde § 224. Wenn es nun in demselben heißt: „so finden die Bestimmungen des vorhergehenden Paragraphen gleichfalls Anwendung", so ist dadurch unzweideutig zu erkennen gegeben, daß die im § 223 angeordnete Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft u. s. w. von dem anberaumten Termin zur Vernehmung von Zeugen u. s. w. auch stattfinden solle, wenn der Termin eine Augenscheinsaufnahme zum Gegenstande habe. Nun spricht aber der § 223 ausschließlich von solchen Terminen, welche auf Anordnung des Gerichts anberaumt

worden sind; denn er beginnt mit den Worten: „Von den zum Zwecke dieser" — also der im § 222 bezeichneten — Vernehmung." Hieraus ergiebt sich unverkennbar, daß das Gesetz die im § 224 vorgesehene Anordnung einer Augenscheinsaufnahme nicht zu der dem Vorsitzenden im § 220 anheim gegebenen „Herbeischaffung anderer Beweismittel" gerechnet hat. Denn entgegengesetzten Falls hätte es die im § 224 in Bezug auf die Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft u. s. w. von dem Augenscheinsaufnahme-Termin nicht auf den Fall des § 223 beschränken dürfen, sondern auch auf den des § 220 ausdehnen müssen, da es an jedem Grunde gefehlt hätte, eine solche Benachrichtigung bei einer vom Gericht angeordneten Augenscheinseinnahme für erforderlich, bei einer vom Vorsitzenden veranlaßten aber für entbehrlich zu erachten. Die von **Puchelt** hervorgehobene ausschließliche Hinweisung des § 224 auf den § 223 dürfte daher nicht für, sondern gegen seine Ansicht sprechen.

Diese aus der Redaktion der §§ 218—224 hergenommenen Gründe finden aber auch ihre Unterstützung in der wesentlichen Verschiedenheit der im § 220 dem Vorsitzenden, von den im § 222 dem Gerichte überlassenen Anordnungen. Was der Vorsitzende nach dem ersteren § verfügen darf, sind lediglich Maßnahmen zum Zwecke einer in der Hauptverhandlung vorzunehmenden Beweiserhebung, nicht eine Beweisaufnahme selbst. Er darf nur Zeugen und Sachverständige vorladen lassen, nicht ihre Abhörung anordnen. Im Gegensatze hierzu sieht das Gesetz im folgenden § den Fall vor, wenn sich herausstellt, daß noch vor der Hauptverhandlung eine Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen, also ein Akt der Beweisaufnahme nothwendig erscheint. Eine solche Anordnung behält das Gesetz dem Gericht vor. Mit dieser Unterscheidung zwischen dem Vorsitzenden einer- und dem Gericht andererseits würde es aber im Widerspruche stehen, wenn dem Ersteren auch die Anordnung einer Augenscheinseinnahme überlassen worden wäre, welche **Geyer** mit Recht — zumal damit in der Regel eine Vernehmung von Sachverständigen verknüpft ist — als eine wirkliche Beweisaufnahme bezeichnet, wie sie auch die Mot. zum § 161 (Entw. § 141) zu den „gerichtlichen Untersuchungshandlungen" rechnen (S. 91).

Diesen Charakter derselben ins Auge gefaßt, ist auch bei der vor-

liegenden Streitfrage nicht Gewicht darauf zu legen, daß das Gesetz der im § 222 gedachten Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen insofern eine größere Wichtigkeit, als einer Augenscheinseinnahme beimißt, als es die Verlesung des Protokolls über die erstere im § 250 Abs. 2 von einem Gerichtsbeschlusse abhängig macht, während das Protokoll über die Einnahme des Augenscheins im § 248 in dieser Beziehung „anderen Urkunden und als Beweismittel dienenden Schriftstücken" gleichgestellt wird.

Endlich steht aber auch die vorstehend befürwortete Auslegung des § 220, in seiner Verbindung mit dem § 224, im Einklange mit dem, was die Geschichte der Entstehung des ersteren darüber darbietet.

In den Mot. des Entw. ist zu den §§ 218—220 StPO. (§§ 182—184 Entw.) vorweg bemerkt:

> „sie behandeln die Frage, wer über die Ladung der Zeugen und Sachverständigen zu befinden habe und wie dieselbe zu bewirken sei. Hierbei ist im voraus darauf hinzuweisen, daß an dieser Stelle eben nur von der Ladung die Rede ist, daß aber dadurch, daß bestimmte Personen als Auskunftszeugen geladen oder nicht geladen werden, der dem erkennenden Gericht zustehenden Entscheidung darüber, welche Personen vernommen werden sollen, nicht vorgegriffen wird." S. 121.

Demnächst ist speziell in Bezug auf den § 218 (S. 123 letzter Abs.) gesagt:

> „Die Entscheidung des Vorsitzenden ist übrigens, wie bereits oben bemerkt, in allen Fällen nur eine vorläufige, weil die endgiltige Beschlußnahme darüber, welche Beweise zu erheben seien, nur dem erkennenden Gericht in der mündlichen Verhandlung zustehen kann."

Weniger klar ist der auf den § 220 (Entw. § 184) bezügliche Satz S. 124. Nach Voranschickung des Grundsatzes, daß die Gerichte ebenso berechtigt, als geeigneten Falls verpflichtet seien, auch solche Beweise zu erheben, welche von keiner Seite in Antrag gebracht worden seien, ist weiter gesagt:

> „Für solche Fälle nun, in denen der Vorsitzende des Gerichts schon vor der Hauptverhandlung bei der Durchsicht der Akten die Ansicht gewinnt, daß es für eine sachgemäße Entschei-

dung noch auf die Vermehrung (Vernehmung) anderer Auskunftspersonen, als der in Vorschlag gebrachten ankommen werde, legt ihm der Entwurf die Befugniß bei, schon vor Beginn der Verhandlung die Ladung anzuordnen, damit nicht der Aufschub der letzteren demnächst zu einer Aussetzung der schon begonnenen Verhandlung führe. Es sei hier nur beiläufig bemerkt, daß der Entwurf bei dieser Bestimmung keineswegs an eine sogenannte diskretionäre Gewalt des Vorsitzenden im Sinne des französischen Rechts gedacht hat, daß er vielmehr die Ausübung der Befugnisse des erkennenden Gerichts nur bis zum Beginn der Verhandlung dem Vorsitzenden allein überläßt."

Diese letzten Worte: „Befugnisse des erkennenden Gerichts" u. s. w. könnten bei ihrer Allgemeinheit zu der Auffassung führen, als habe der Entwurf den Vorsitzenden durch den § 220 ermächtigen wollen, auch eine wirkliche Beweisaufnahme anzuordnen. Hiermit würde aber so wenig der Inhalt des — unverändert aus dem Entwurf in das Gesetz übergegangenen — § 220, gegenüber dem § 222, als die vorangegangenen, vorstehend mitgetheilten Aeußerungen der Mot., welche auch nur von Ladungen sprechen, zu vereinigen sein. Die, jene Worte enthaltende, ohnehin nur als eine „beiläufige" bezeichnete Bemerkung war augenscheinlich nicht dazu bestimmt, den Umfang der dem Vorsitzenden vor den Hauptverhandlungen zustehenden Berechtigungen festzustellen, sollte vielmehr nur außer Zweifel stellen, daß dieselben mit dem Beginn der Hauptverhandlung ihre Endschaft erreichen. In der Just.Komm. ist der § 224 (Entw. 188) ohne Debatte angenommen. S. 343, 945. Bei der Berathung des § 220 (Entw. 184, Prot. S. 340) wurden folgende Anträge gestellt:

„Er (der Vorsitzende) kann solche Zeugen und Sachverständige, bevor er die Ladung anordnet, vorläufig befragen oder befragen lassen. Die gleiche Befugniß steht ihm bezüglich der Zeugen und Sachverständigen zu, deren Vorladung nach § 182 vom Angekl. beantragt wird.

Auch sonst kann der Vorsitzende neue Beweisaufnahmen anordnen, und stehen ihm deshalb alle Befugnisse des Untersuchungsrichters zu".

Zur Rechtfertigung des hier vorzugsweise interessirenden letzten Abs. sagte der Antragsteller: S. 341

„Dieser Satz wolle aussprechen, daß der Vorsitzende hierbei, sowie bei sonstigen ihm nothwendig scheinenden Beweiserhebungen alle Befugnisse des Untersuchungsrichters habe. Fehle dieser Satz im Gesetze, so sei es zweifelhaft, ob ihm diese Befugnisse zustehen."

Jene Anträge, deren Annahme die Sachlage allerdings hätte ändern können, wurden aber zurückgezogen, nachdem dagegen geltend gemacht worden war: „dieselben wollten eine geheime Voruntersuchung zweiter Klasse einführen. Es sei nicht nöthig, sogar bedenklich, dem Vorsitzenden Gelegenheit zu geben, vor Beginn der Hauptverhandlung irgendwie mit dem Angeklagten in Berührung zu treten; es werde dadurch der Schein der Befangenheit erregt. Auch wenn derselbe vorher Zeugen vernehme, sei zu fürchten, daß er nicht mehr als unparteiischer Richter in die Sitzung komme".

Berühren nun auch diese Vorgänge in der Just.Komm. die hier vorliegende Frage nicht unmittelbar, so ist doch aus ihnen zu entnehmen, daß die Komm. zur Erweiterung derjenigen Befugnisse, welche der den Gegenstand jener Debatte bildende §. 220 dem Vorsitzenden einräumt, nicht geneigt gewesen ist.

I. Steht dem Angeklagten gegen den ihm vom Vorsitzenden des Gerichts auf seine nach §. 218 StPO. gestellten Anträge ertheilten abschlägigen Bescheid das Rechtsmittel der Beschwerde zu?

II. Findet der § 347 StPO. nur auf die in der Hauptverhandlung, nicht auch auf die vor derselben ergehenden Entscheidungen Anwendung?

I. Hinsichtlich der ersten Frage stehen sich die Vota der Kommentatoren in fast gleicher Zahl einander gegenüber. Sie wird verneint von

Löwe. Derselbe sagt bei Besprechung des § 218 S. 579. 3:

> Eine Beschwerde über die Verfügung des Vorsitzenden ist, da dieser hier an Stelle des erkennenden Gerichts einstweilen entscheidet, nach dem Sinne des § 347 für ausgeschlossen zu erachten.

Demnächst theilt er in der auf den § 347 bezüglichen Note 1 S. 742 folgende Stelle der Mot. mit:

> „Das Gesetz schließt bei den meisten, der Urtheilsfällung vorangehenden Entscheidungen der erkennenden Gerichte zwar nicht jede Anfechtung, wohl aber die Beschwerde aus. Es beruht dies darauf, daß diese Entscheidungen regelmäßig in irgend welchem inneren Zusammenhange mit der nachfolgenden Urtheilsfällung stehen, und zur Vorbereitung der letzteren dienen, daß sie demzufolge aber sich meistens als bloß vorläufige Beschlüsse darstellen und bei der Urtheilsfällung selbst nochmals der Prüfung des Gerichts unterliegen."

Im Anschlusse hieran führt er (Note 2) aus, daß der § 347 auf alle Beschlüsse des erkennenden Gerichts, gleichviel ob in

oder vor der Hauptverhandlung erlassen, zu beziehen sei, und fährt dann fort:

„Aus den Vorbemerkungen folgt aber weiter, daß die Bestimmung auch auf diejenigen Entscheidungen bezogen werden muß, welche der Vorsitzende in Vertretung des erkennenden Gerichts erläßt (§§ 218 — 220). Zwar scheint eine Vergleichung des Wortlauts des § mit demjenigen des § 346 gegen diese Ansicht zu sprechen; allein gerade die Verfügungen des Vorsitzenden sind diejenigen, auf welche die Ausführungen der Mot. vorzugsweise passen.“ „Es wäre“ — heißt es demnächst weiter — ohne Zweifel eine augenfällige Inkonsequenz, „wenn das Gesetz das erkennende Gericht selbst von der einstweiligen Entscheidung über die Herbeischaffung von Beweismitteln ausschlösse, dagegen das Eingreifen eines oberen Gerichts gestattete, welches der Sache viel ferner steht, und welches (abgesehen von den der Berufung unterliegenden Fällen) auch künftig gar nicht in die Lage kommt, ein Urtheil über die Beweisfrage zu erlassen.“

von Schwarze sagt zu § 218 S. 380. 7.

„Eine Beschwerde gegen die Ablehnung findet nicht statt. Der Angeklagte kann die vorgeschlagenen Zeugen nach § 219 unmittelbar laden lassen oder gestellen: er kann auch in der Hauptverhandlung den Antrag wiederholen, indem er verlangt, daß das Gericht von der ihm in § 243 eingeräumten Befugniß Gebrauch macht.“

Doch scheint hiermit seine Bemerkung zu § 347 S. 499. 1 nicht im Einklange zu stehen. Dort heißt es:

„Es sind hier die nach Einleitung der Hauptverhandlung getroffenen Entscheidungen des zur Aburtheilung berufenen Gerichts zu verstehen, wie dies in der Kommission (Prot. S. 533.) konstatirt wurde. Die in der Vorbereitung der Hauptverhandlung vorkommenden Verfügungen des Vorsitzenden sind hier nicht mitbegriffen.“

Thilo zu § 218 S. 247. 3:

„Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden ist das Rechtsmittel der Beschwerde nicht zulässig, da derselbe in Vertretung des erkennenden Gerichts handelt und vor letzterem der vorläufig

zurückgewiesene Antrag wieder aufgenommen werden kann. § 347. Eine Abweichung von diesem Grundsatze würde, auch abgesehen von den dadurch leicht herbeizuführenden Verzögerungen, der freien Beurtheilung des erkennenden Richters leicht unstatthafte Fesseln anlegen." — Die entgegengesetzte Ansicht wird von

Puchelt zu § 218 S. 366. 3 vertheidigt. Er sagt:

„Gegen die eine und die andere Verfügung des Vorsitzenden steht nach § 346 Abs. 1 (vergl. aber Abs. 3) dem Angekl., resp. der Staatsanwaltschaft die Beschwerde zu, welche freilich keine aufschiebende Wirkung hat (§ 349). Das Interesse des Angekl. ergiebt sich aus § 219 Abs. 2, jenes der Staatsanwaltschaft aus § 244 Abs. 1; nirgends sind die fraglichen Verfügungen für unanfechtbar erklärt."

Daß die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage zweifelhaft ist, darf nach den vorstehend mitgetheilten für und wider die Bejahung derselben geltend gemachten Gründen nicht verkannt werden; doch dürfte die von **Puchelt** vertheidigte Ansicht die richtigere sein.

Da sich der § 218 über die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen den den Antrag des Angeklagten auf Ladung von Zeugen u. s. w. ablehnenden Bescheid des Vorsitzenden nicht ausspricht, muß — worüber auch unter den Kommentatoren Streit nicht obwaltet — auf die im § 346 aufgestellte allgemeine Regel zurückgegangen werden, nach welcher „die Beschwerde gegen alle — Verfügungen des Vorsitzenden — zulässig ist, soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht." Soll das Wort „ausdrücklich" nicht — den Regeln der Gesetzauslegung zuwider — für bedeutungslos erachtet werden, so kann nicht ausnahmsweise die Unzulässigkeit einer Beschwerde schon dann eintreten, wenn sich möglicherweise aus den Beziehungen, in denen die betreffende Vorschrift zu anderen gesetzlichen Bestimmungen steht, Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Beschwerde über einen Beschluß des Gerichts u. s. w. deduziren lassen, oder aus der ratio legis Zweifel darüber, ob nach der Absicht des Gesetzes die Regel des § 246 zur Anwendung zu bringen sei, herzuleiten sind; es bedarf vielmehr, um für den einzelnen Fall die Regel des § 346 außer Anwendung zu lassen, eines in sich bestimmten, die Beschwerde aus-

schließenden Ausspruchs, einer die Ausschließung der Beschwerde unzweideutig kundgebenden Willensäußerung des Gesetzes, wie sie in einer nicht geringen Zahl von §§ (z. B. §§ 28. 180. 199. 200. 209. 279. 346 Abs. 3. 347. 388) in verschiedener Wortfassung enthalten ist.

Daß eine derartige Willens-Kundgebung nachzuweisen sei, behaupten die Vertheidiger der hier bekämpften Ansicht nicht. Ungeachtet des Mangels einer solchen dem Angeklagten die Beschwerde gegen den Bescheid des Vorsitzenden zu verschränken, dürfte sich aber durch die von ihnen hiefür geltend gemachten Gründe nicht rechtfertigen lassen.

Daß der Angeklagte, wie **von Schwarze** hervorhebt, befugt ist, „die vorgeschlagenen Zeugen unmittelbar laden zu lassen, oder zu gestellen,“ kann schon aus dem Grunde die Streitfrage nicht erledigen, weil der § nicht bloß von Zeugen (und Sachverständigen), sondern auch von der „Herbeischaffung anderer Beweismittel“ — z. B. gerichtliche Akten, Handlungsbücher — spricht, deren Beschaffung dem Angeklagten selbst in der Regel unmöglich sein wird. Abgesehen hiervon, ist aber auch die dem Angeklagten offen gelassene bloße Möglichkeit, seinen Zweck auf einem anderen Wege zu erreichen, wohl nicht geeignet, ihn des ihm im § 346 gewährten Rechts, die Willfahrung seiner Anträge gegen den ablehnenden Bescheid des Vorsitzenden im Wege der Beschwerde zu verfolgen, für verlustig zu erklären — zumal jene Möglichkeit nach § 219 durch den Besitz disponibler Geldmittel bedingt ist, mithin bei ärmeren Angeklagten in der Regel ausscheiden wird.

Von nicht größerem Gewicht ist **von Schwarze's** und **Thilo's** ferneres Argument, daß der Angeklagte seinen bei dem Vorsitzenden angebrachten Antrag in der Hauptverhandlung wiederholen könne. Auch auf diesen Weg einer Remedur braucht er sich nicht verweisen zu lassen, wenn ihm das Gesetz das Beschwerderecht nicht ausdrücklich entzieht. Das Betreten desselben kann aber auch für ihn mit der Gefahr des Verlusts eines Beweismittels verknüpft sein, und wird häufig die Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke nachträglicher Ladung von Zeugen u. s. w. und somit eine Verzögerung der Untersuchung zur Folge haben, deren Vermeidung in seinem Interesse liegen kann.

Hiernach wird es sich nur fragen, ob der von **Löwe** und **Thilo** in Bezug genommene § 347, nach welchem Entscheidungen der erkennenden Gerichte, welche der Urtheilsfällung vorausgehen — ab-

gesehen von den im Schlußsatze erwähnten Entscheidungen über Verhaftungen u. s. w. — der Beschwerde nicht unterliegen, ihrer Ansicht über die vorliegende Streitfrage zur Seite stehe. Auch dies ist nicht zuzugeben.

II. Es tritt hier vorweg die für die Praxis nicht minder erhebliche zweite der in der Ueberschrift zu dieser Abhandlung formulirten Fragen entgegen: ob denn überhaupt der § 347 auf solche gerichtliche Entscheidungen zu beziehen sei, welche außerhalb der Hauptverhandlung ergehen. Denn, wird diese Frage verneint, also angenommen, daß der § ausschließlich von solchen Entscheidungen handle, welche das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung vor der Urtheilsfällung erläßt, so folgt dann von selbst, daß derselbe nicht auf die in der „Vorbereitung der Hauptverhandlung" (§§ 212 folg.) vom Vorsitzenden auf Grund des § 218 erlassenen Verfügungen bezogen werden darf.

Jene den § 347 betreffende Frage ist gleichfalls kontrovers.

Löwe motivirt seine bereits oben mitgetheilte Ansicht, daß der § auch die vor der Hauptverhandlung ergangenen Entscheidungen betreffe, in folgender Weise: S. 743. 2.

„In den Verhandlungen der Reichs-Just.-Komm. (Prot. S. 533) findet sich ausgesprochen, daß der § nur die „nach Einleitung der Hauptverhandlung getroffenen Entscheidungen" im Auge habe, und man hat diese Worte als gleichbedeutend mit „während der Hauptverhandlung" verstanden; vergl. **Voitus** S. 359. Eine derartige Auslegung des Gesetzes ist indeß keineswegs als berechtigt anzuerkennen. Zunächst würde bei Zugrundlegung derselben die Vorschrift des § ziemlich überflüssig sein; denn die Beschwerde gegen einen in der Hauptverhandlung erlassenen Beschluß wird (von den im Satz 2 bezeichneten Ausnahmen abgesehen) durch die Urtheilsfällung ohnehin gegenstandslos, und die praktische Bedeutung des § würde sich sonach auf die Fälle beschränken, in denen nach Erlassung des Beschlusses eine Vertagung der Verhandlung eintritt. Sodann aber treffen die Ausführungen der Mot. in ganz gleichem Maße, wie auf die Beschlüsse in der Hauptverhandlung, auch auf die vor derselben ergehenden zu, da diese wie jene zur

„Vorbereitung der Urtheilsfällung" dienen, und es ist in der That nicht abzusehen, weshalb z. B. in dem Falle, wenn das Gericht eine kommissarische Beweisaufnahme beschlossen hat, das Eingreifen des höheren Gerichts angemessen oder unangemessen erscheinen sollte, je nachdem der Beschluß vor oder in der Hauptverhandlung ergangen ist. Ein Argument für die vorgedachte Auslegung ist auch nicht daraus zu entnehmen, daß der § von den Entscheidungen „der erkennenden Gerichte" spricht; denn durch den das Hauptverfahren eröffnenden Beschluß ist die Sache bei dem erkennenden Gericht anhängig geworden und dieses wird, sofern es vor der Hauptverhandlung noch nicht in derjenigen Zusammensetzung vorhanden ist, in welcher es während derselben fungirt, einstweilen durch ein vom Gesetz bezeichnetes anderes Organ vertreten. Hiernach ist die Bestimmung des § auf alle Entscheidungen zu beziehen, welche nach Eröffnung des Hauptverfahrens und vor der Urtheilsfällung erlassen werden." Derselben Meinung ist

Thilo. In Uebereinstimmung mit seiner oben angegebenen, den § 218 betreffenden Bemerkung sagt er S. 403. 1.

„Aus der Bezeichnung der Entscheidungen der erkennenden Gerichte, gegen welche Beschwerde nicht zulässig ist, als solche, welche der Urtheilsfällung vorausgehen, ist keineswegs zu folgern, daß hier nur in der Hauptverhandlung getroffene Entscheidungen gemeint seien. Es spricht auch schon der zweite Satz, wo von Entscheidungen über Verhaftungen und Beschlagnahmen die Rede ist, dagegen."

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von

Keller. Seine Bemerkung S. 386. 2 lautet:

„Erkennende Gerichte": Also in der Hauptverhandlung. Die im Vorbereitungsverfahren der Hauptverhandlung ergehenden (vgl. z. B. § 222) und ebenso letzteren nachgängigen (vergl. z. B. § 494) Entscheidungen gehen von der Strafkammer als beschließendes Gericht aus, und sind mit Beschwerde anfechtbar." Aehnlich

von Bomhard S. 254. 2.

von Schwarze's in seinem „Kommentar" S. 499. 1 abgegebene

Erklärung ist bereits oben mitgetheilt. Im Einklange mit derselben sagt er in **v. Holtzendorff's** Handbuch des StPRechts B. II S. 256.

„Unter den „der Urtheilsfällung der erkennenden Gerichte vorangehenden Entscheidungen" sind diejenigen Entscheidungen zu verstehen, welche nach Einleitung der Hauptverhandlung von dem in derselben zum Urtheile berufenen Gerichte oder dessen Vorsitzenden ausgehen, wie dies in der Just.-Komm. ausdrücklich konstatirt wurde. Nur auf sie leiden die erwähnten Motive des Ausschlusses Anwendung."

Voitus S. 359. 1. Er bemerkt unter Hinweisung auf die Worte: „Entscheidungen der erkennenden Gerichte":

„Es sind, wie auch die Regierungsvertretung bei Berathung des § in der Just.Komm. S. 533 der Prot. ohne Widerspruch zu finden, bemerkt hat, die „nach Einleitung (während) der Hauptverhandlung getroffenen gemeint. Es könnte zwar aus der Erwähnung der — während der Hauptverhandlung nicht leicht vorkommenden — „Beschlagnahmen" im Abs. 2 gefolgert werden, daß unter den „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" alle nach der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 196) ergehenden Entscheidungen der Strafkammer zu verstehen seien; dem steht jedoch entgegen, daß die Mot. S. 198 als derartige Entscheidungen vorzugsweise diejenigen hervorheben, welche Beweisaufnahmen anordnen oder ablehnen, diese Entscheidungen aber dem „erkennenden Gerichte" vor der Hauptverhandlung überhaupt nicht, vielmehr ausschließlich dem Vorsitzenden desselben zufallen. (§§ 218—220). — Derselben Ansicht ist

von Kries. Er führt in den „Rechtsmitteln" S. 363 Abs. 3 aus:

„Es bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, was unter „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" zu verstehen sei. In der Reichsjustizkomm. wurde gelegentlich bemerkt (Prot. S. 533), daß darunter nur die „nach Einleitung der Hauptverhandlung getroffenen Entscheidungen" verstanden werden können, und man hat dies dann — ganz korrekter Weise — für gleichbedeutend genommen mit: während der Hauptverhandlung. Diese Auffassung ist von **Löwe** angefochten worden."

von Kries läßt hierauf die oben mitgetheilte Ausführung **Löwe's** folgen, und fährt dann fort:

„Mir scheint diese Argumentation unzutreffend. 1) Der § 347 ist bei Zugrundlegung der von **Voitus** vertretenen Ansicht keinesweges überflüssig. Wäre derselbe nicht vorhanden, so müßte den Parteien die Befugniß zustehen, unmittelbar nach Erlassung der sie beschwerenden Verfügung in der Hauptverhandlung das Rechtsmittel einzulegen." — Es ist auch 2) unrichtig, daß die Ausführungen der Mot. in ganz gleichem Maße auf die v o r der Hauptverhandlung ergehenden Beschlüsse zuträfen. „Denn gerade die praktische Unzuträglichkeit, daß eine Entscheidung angefochten wird, die in einem kontinuirlich fortlaufenden Verfahren ergeht und daß daher für dieses die Nothwendigkeit einer Unterbrechung und Vertagung entsteht, fällt bei den Beschlüssen vor der Hauptverhandlung fast ganz fort." &c.

„Das entscheidende Moment liegt aber in dem Ausdruck „erkennende Gerichte." **Löwe** giebt selbst zu, daß auch bei den die Vorbereitung der Hauptverhandlung betreffenden Beschlüssen die Strafkammer mit drei Mitgliedern besetzt ist, daß also, wie er selbst sagt, das erkennende Gericht von einem anderen durch das Gesetz bezeichneten Organ vertreten wird. Damit scheint mir gleichfalls zugestanden, daß eben diese Entscheidungen n i c h t von den erkennenden Gerichten, sondern von einem anderen Organ abgegeben werden. Da nun aber § 347 schlechthin von „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" spricht, so gehören diese in Vertretung derselben etwa vom Vorsitzenden gefällten nicht zu den im angeführten Paragraphen behandelten."

Diese den § 347 auf die in der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen einschränkende Ansicht findet zunächst in den Worten des § ihre Unterstützung. Unter „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" sind sprachlich solche zu verstehen, welche von demjenigen Gerichte ausgehen, welches das Urtheil im Sinne des § 259 zu fällen hat. Um solche Entscheidungen handelt es sich bei den in „der Vorbereitung der Hauptverhandlung" ergehenden Beschlüssen nicht. Diese

werden in schwurgerichtlichen Untersuchungen meist zu einer Zeit erlassen, wo das erkennende Gericht noch gar nicht existirt und von Personen, von denen vielleicht keine jenem Gericht angehören wird. Allerdings heißt es im § 82 des GVG., nachdem im ersten Satze von „Entscheidungen, welche nach den Vorschriften des GVG. oder der StPO. von dem erkennenden Gerichte zu erlassen sind," gesprochen worden, im zweiten Satze: „werden diese Entscheidungen außerhalb der Dauer der Sitzungsperiode erforderlich u. s. w. Aus dieser augenscheinlich auf Inkorrektheit der Redaktion beruhenden Fassung läßt sich aber ein Schluß dahin, daß der § 447 StPO. unter den „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" auch die außerhalb der Hauptverhandlung ergehenden verstanden habe, um so weniger ziehen, als die unmittelbar folgenden Worte: „welche der Urtheilsfällung vorangehen" unzweideutig zu erkennen geben, daß solche Entscheidungen gemeint sind, welche in der zur Urtheilsfällung bestimmten Verhandlung, also der Hauptverhandlung, ergehen.

Auf die Worte des § 347 stützen auch **Löwe** und **Thilo** ihre Ansicht von dem Sinne der Vorschrift des § 347 nicht. Sie suchen vielmehr nachzuweisen, daß der Wortfassung hier entscheidendes Gewicht nicht beizumessen sei.

Löwe weist zunächst darauf hin, daß die Vorschrift des §, auf die in der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen beschränkt, ziemlich überflüssig sein würde. Wird aber auch von seiner Voraussetzung ausgegangen, daß dieselbe nur für den Fall der Aussetzung der Hauptverhandlung praktisch werde, so war doch die Vorschrift — wie auch **von Kries** erwähnt — mit Rücksicht auf den § 346 auch für solche Fälle unentbehrlich. Denn ohne sie würde nach diesem § 346 eine Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluß zulässig gewesen sein. Die §§ 278 folg. ergeben aber auch, daß nach begonnener Hauptverhandlung noch andere, wenn auch nur mittelbar auf das Urtheil einwirkende Entscheidungen ergehen können, auf die der § 347 Anwendung erleidet. Daß der § 279 Abs. 2 die Unanfechtbarkeit der dort bezeichneten Entscheidung noch besonders ausspricht, steht dem nicht entgegen.

Löwe's ferneres Argument: „Die Ausführungen der Mot. träfen in ganz gleichem Maße, wie auf die Beschlüsse in der Hauptverhandlung, so auch auf die vor derselben ergehenden zu", müßte schon

daran scheitern, daß derartige Ausführungen in den Motiven — welchen Werth man diesen auch an sich beilegen möge — hier, wo das Gesetz die Ausschließung des Beschwerderechts von einer ausdrücklichen Vorschrift abhängig macht, den Mangel einer solchen nicht ersetzen können. Jene Mot. zu den §§ 290. 291 des Entw., wie sie **Löwe** übereinstimmend mit ihrem Inhalte mittheilt, bieten aber auch keinen Anhalt dafür dar, daß der § 291 (§ 347 StPO.) auch auf die vor der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen habe Anwendung finden sollen. Es ist auch dort nicht nur ausschließlich vom „erkennenden Gericht" die Rede, sondern es spricht auch die sich an die oben von **Löwe** mitgetheilte Stelle der Mot. unmittelbar anschließende (S. 198 unten) Hinweisung darauf, daß dem von einer solchen Entscheidung betroffenen „die Geltendmachung seiner Beschwerdegründe insofern vorbehalten bleibe, als dieselben zur Geltendmachung der Revision gegen das demnächst ergehende Urtheil benutzt werden können", gegen eine solche Auffassung, da die Revision nicht darauf gegründet werden kann, daß die Strafkammer, oder ihr Vorsitzender, bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung eine Anordnung in Bezug auf die Beweisaufnahme erlassen habe, sondern nur darauf, daß das erkennende Gericht entweder jene Anordnung zu der seinigen gemacht und ihr einen Einfluß auf sein Urtheil eingeräumt, oder die angefochtene Entscheidung selbst beschlossen habe.

Löwe meint aber auch: „es sei in der That nicht abzusehen, weshalb z. B. in dem Falle, wenn das Gericht eine kommissarische Beweisaufnahme (nach § 222) beschlossen habe, das Eingreifen des höheren Gerichts angemessen oder unangemessen erscheinen solle, je nachdem der Beschluß vor oder in der Hauptverhandlung ergangen sei." Der Unterschied zwischen beiden Fällen ist aber wohl ein sehr wesentlicher, und gerade dieser Punkt dürfte für die hier befürwortete Beantwortung der Streitfrage entscheiden. Beschließt das zur Urtheilsfällung berufene Gericht in der Hauptverhandlung eine Beweisaufnahme, so spricht es dadurch aus, daß die Majorität seiner Mitglieder diese „Entscheidung" für die definitive Aburtheilung der Sache für nothwendig erachtet, mit anderen Worten, daß es bei derzeitiger Sachlage, also ohne jene von ihm beschlossene Beweisaufnahme, ein gerechtes Urtheil nach seiner Ueberzeugung nicht zu fällen vermöge. Wäre ein solcher unter gleich-

zeitiger Aussetzung der Hauptverhandlung gefaßter Beschluß durch Beschwerde anfechtbar, dürfte also das mit derselben angerufene obere Gericht das erkennende Gericht anweisen, von der beschlossenen Beweisaufnahme aus thatsächlichen oder Rechts-Gründen Abstand zu nehmen — so wäre damit die Kardinal-Bedingung einer gesunden Strafrechtspflege: Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der mit der Urtheilsfällung vom Gesetz betrauten Richter aufgehoben: dieselben müßten gegen oder für den Angeklagten erkennen, nicht nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen, sondern in Befolgung der Anordnung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde. Das Gesetz hatte daher vollkommen ausreichenden Anlaß, solche „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" gegen eine im Wege der Beschwerde herbeizuführende Abänderung zu schützen; und im Einklange hiermit weisen die Mot. mit Recht auf die Anfechtbarkeit derartiger Entscheidungen mittelst der Revision hin, an deren Stelle in Folge der Aufnahme des Rechtsmittels der Berufung in die StPO. in den dazu geeigneten Fällen diese tritt.

Anders verhält es sich hinsichtlich der vom Vorsitzenden der Strafkammer, bzhw. von dieser selbst auf Grund der §§ 218. 220. 222 in dem auf „Vorbereitung der Hauptverhandlung" abzielenden Verfahren in Bezug auf die Beweiserhebung getroffenen Anordnungen. Weder bei dem Vorsitzenden der Strafkammer, noch bei dem Amtsrichter kommt die erwähnte Rücksicht auf die Unabhängigkeit der Strafgerichte in Betracht. Dieselben gehen allerdings bei ihren Anordnungen davon aus, daß das Ergebniß einer von ihnen auf Antrag oder aus eigenem Antriebe veranlaßten Beweiserhebung auf das dereinst in der Hauptverhandlung zu fällende Urtheil von Einfluß sein werde, bzhw., daß die vom Angeklagten beantragte (§ 218) von ihnen aber abgelehnte Beweisaufnahme einen solchen Einfluß auszuüben nicht geeignet sei. Sie sind sich aber bewußt, daß es sich dabei lediglich um Möglichkeiten oder Wahrscheinlichkeiten handle, daß daher die beisitzenden Richter bzhw. die Schöffen ihre Anordnungen aus Rechtsgründen mißbilligen und das Ergebniß der Beweisaufnahme unberücksichtigt lassen können. Dasselbe gilt in Bezug auf die bezüglichen Beschlüsse der Rathskammer mindestens hinsichtlich der schwurgerichtlichen Untersuchungen. In allen diesen Fällen ist die Stellung derer, von welchen die Anordnung getroffen wird, wesentlich von derjenigen des urtheilsfällenden Gerichts, und die

materielle Bedeutung ihrer Beschlüsse für das Urtheil von derjenigen verschieden, welche die „Entscheidungen des erkennenden Gerichts" auf dasselbe zu äußern bestimmt sind. Der Grund, welcher das Gesetz nöthigte, im Betreff der letzteren die Beschwerde auszuschließen, scheidet daher bei den ersteren aus.

Dies erwogen, kann auch der von **Löwe** und **Thilo** für ihre Ansicht geltend gemachte Grund, daß das erkennende Gericht, sofern es vor der Hauptverhandlung noch nicht in derjenigen Zusammenstellung vorhanden sei, in welcher es während derselben fungire, einstweilen durch ein vom Gesetz bezeichnetes Organ vertreten werde, für zutreffend nicht gelten. Denn abgesehen davon, daß in den erwähnten der „Vorbereitung der Hauptverhandlung" angehörenden Vorschriften darauf, daß der Vorsitzende des Gerichts, bzhw. die Strafkammer, bei ihren Beschlüssen in Vertretung des dereinst in der Hauptverhandlung das Urtheil fällenden Gerichts fungiren, in keiner Weise hingedeutet ist, diese vielmehr die Beschlüsse überall selbstständig und von dem letztgedachten Gericht unabhängig fassen und ausführen, so könnte doch auf eine solche Vertretung die Bestimmung des § 347 nur Anwendung finden, wenn jene Beschlüsse für die Untersuchung von sachlich gleicher Bedeutung wären, wie die von dem „erkennenden" Gericht ausgegangen — eine Voraussetzung, die nach obiger Ausführung nicht zutrifft.

Thilo's Bemerkung: „es spreche auch schon der zweite Satz des § 347, wo von Entscheidungen über Verhaftungen und Beschlagnahmen die Rede sei, gegen die Beschränkung der Vorschrift desselben auf die in der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen", scheint auf der Voraussetzung zu beruhen, daß in der Hauptverhandlung Verhaftungen und Beschlagnahmen von dem erkennenden Gericht nicht angeordnet würden. Dies ist aber wohl nicht richtig. Gestaltet sich die Sachlage in der Hauptverhandlung in der Weise nachtheilig für den auf freiem Fuße gelassenen Angeklagten, daß die Staatsanwaltschaft auf seine Verhaftung anträgt, so hat das Gericht über diesen Antrag zu befinden und ihm event. stattzugeben. Ebensowenig ist die Anordnung einer Beschlagnahme ausgeschlossen.

Endlich findet aber auch die von **Keller** und Gen. vertheidigte Ansicht über die Auslegung des § 347 eine Unterstützung in den oben er-

wähnten Verhandlungen der Just.Komm. Es wurde dort (Prot. S. 533) zu dem § 291 des Entw. (§ 347 StPO.) die Frage aufgeworfen: ob die Beschwerde nicht auch gegen Verfügungen zulässig sei, wodurch Haussuchungen angeordnet seien. Zwar könne ja — wurde dabei bemerkt — die Thatsache nicht rückgängig gemacht, wohl aber eine Rüge ertheilt werden. Hierauf wurde Seitens des Geh. ORRth. **Hanauer** erwidert: Die Ertheilung von Rügen sei nicht durch die StPO. zu regeln. — „Außerdem betreffe der § 291 nur die von den erkennenden Gerichten, also nach Einleitung der Hauptverhandlung getroffenen Entscheidungen." In diesem Schlußsatze ist der Gegensatz zwischen den in der Hauptverhandlung und den vor derselben ergehenden Entscheidungen unzweideutig hervorgehoben, und, da derselbe einen Widerspruch von keiner Seite hervorgerufen hat, darf angenommen werden, daß man über die Richtigkeit der dem § 347 darin gegebenen Auslegung allseitig einverstanden gewesen sei.

Findet aber hiernach die im § 347 statuirte Ausnahme von der Regel des § 346 nur auf die in der Hauptverhandlung ergangenen Entscheidungen Anwendung, so greift bezüglich der außerhalb derselben gefaßten Beschlüsse des Gerichts und — worauf es bei der ersten Streitfrage nur ankommt — des Vorsitzenden jene Regel Platz, d. h. sie sind mittelst der Beschwerde anfechtbar. Es wird dies auch selbst de lege ferenda für zweckmäßig zu erachten sein. Denn, weist der Vorsitzende einen Antrag des Angeklagten auf Ladung von Zeugen (§ 218) aus Rechtsgründen zurück, und es ist dem Angeklagten — bzhw. in dessen Interesse der Staatsanwaltschaft § 338 — nicht gestattet, jene Gründe im Wege der Beschwerde als auf irriger Rechtsansicht beruhend nachzuweisen und dadurch Remedur gegen den Bescheid zu erzielen, so hat dies, sofern das erkennende Gericht bei Wiederholung des vom Vorsitzenden zurückgewiesenen Antrages in der Hauptverhandlung die Rechtsirrthümlichkeit des Bescheides des Letzteren anerkennt, zur Folge, daß behufs nachträglicher Ladung der Zeugen die Hauptverhandlung ausgesetzt, also die Untersuchung und event. die Haft des Angeklagten verzögert wird. —

§ 105 Abs. 2 StPO.

Ist unter dem Ausdruck „Staatsanwalt" im § 105 Abs. 2 StPO. auch der Amtsanwalt zu verstehen?

Diese Frage, deren Beantwortung bei der Bedeutung, welche die in den §§ 102 folg. StPO. geregelte „Durchsuchung" hinsichtlich einer nicht geringen Zahl von Delikten für die Ueberführung des Thäters hat, auf die Strafrechtspflege nicht ohne mittelbaren Einfluß ist, wird von den Kommentatoren theils verneint, theils bejaht. Ersteres von

Dalcke S. 78. 6, welcher, unter Hinweisung auf das Prot. der 3. Berath. S. 17 der 171. Sitzung der Just.Komm. bemerkt: „Unter dem Staatsanwalt, von welchem der Abs. 2 spricht, ist nicht auch der Amtsanwalt zu verstehen". Ferner von

Keller S. 98. 2 gleichfalls auf das von **Dalcke** erwähnte Prot. bezugnehmend: „Es ist hier nicht die Staatsanwaltschaft überhaupt (wie nach dem Entw. § 96), sondern es sind die beim Landgerichte und den höheren Gerichten angestellten Staatsanwälte gemeint."

Derselbe weist zugleich auf seine Note 3 zu § 142 GVG. hin, in welcher es, unter Bezugnahme auf S. 457 der Sten.Ber. des Reichstags, heißt:

„Unter Staatsanwaltschaft ist nach dem Sprachgebrauch des Ges. die ganze Einrichtung als solche verstanden, und sind darunter alle Beamten derselben, einschließlich der Amtsanwälte begriffen, während, wenn vom Staatsanwalte geredet wird, der Amtsanwalt ausgeschlossen ist."

Löwe S. 401. 7: In Abs. 2 sind die Worte: „des Staatsan-

walts" gerade deshalb gebraucht, um zwischen den Beamten der landgerichtlichen Staatsanwaltschaft und den Amtsanwälten zu unterscheiden; das Beisein des Amtsanwalts macht die Zuziehung eines Gemeindebeamten u. s. w. nicht entbehrlich."

von Schwarze bemerkt zunächst zu dem § 142 GVG. (S. 77): „Unter Staatsanwaltschaft" ist der Amtsanwalt mitbegriffen; — „unter Staatsanwalt" ist der Amtsanwalt nicht mitbegriffen. Dann in Bezug auf den § 165 StPO. S. 238. 5: „In dem Entw. war gesagt: „oder der Staatsanwaltschaft". Diese Worte wurden in beiden Lesungen des Entw. von der Komm. gestrichen. In der dritten Lesung nahm man die Worte: „oder des Staatsanwalts" auf, lehnte aber den Antrag der Regierung auf Wiederaufnahme der Worte des Entwurfs ab. Man wollte auch hier mit der Bezeichnung „Staatsanwalt", den Amtsanwalt ausdrücklich (?) ausschließen."

Löwe und **von Schwarze** weisen zur Begründung ihrer Bemerkungen auf die bereits erwähnten Belagsstellen hin.

Thilo stellt nur den Satz auf: Der Amtsanwalt könne nicht, wie der Staatsanwalt, Durchsuchungen allein vornehmen, vielmehr solle er einen Gemeindebeamten oder zwei Gemeindemitglieder, wenn es thunlich, zuziehen.

Puchelt sagt S. 229. 4. Die Wahl des Wortes „Staatsanwalts" erfolgte zum Zwecke der Ausschließung der Beamten (Hülfsbeamten) der Staatsanwaltschaft und des Amtsanwalts (Prot. vom 11. Nov. 1876 S. 18; Sten.Ber. des Reichstags 1876 S. 457) und muß daher in diesem Sinne aufgefaßt werden. Die abweichende Ansicht in der von meinem Herrn Kollegen Dr. **Dreyer** herrührenden Einleitung S. 19 kann ich nicht festhalten."

Wie aus dieser letzten Bemerkung hervorgeht, ist entgegengesetzter Meinung

Dreyer. Nach Voranschickung der sich aus den §§ 142. 143 GVG. ergebenden Organisation der Staatsanwaltschaft, führt er aus:

„Dem entsprechend bedient sich die StPO. des Ausdruckes „Staatsanwaltschaft", um die ganze Behörde zu bezeichnen, so daß damit auch der Amtsanwalt gemeint ist; soll aber die-

ser ausgeschlossen werden, so wird bloß von „Staatsanwalt“ gesprochen. Vergl. §§ 98. 100. 108, davon weicht freilich der § 105 ab, in welchem zuerst von der Staatsanwaltschaft die Rede ist, dann aber „des Staatsanwalts“ gesagt wird, obwohl letzterer Ausdruck zweifellos auch den Amtsanwalt umfaßt.“

Für zweifellos dürfte die Entscheidung der Streitfrage so wenig nach der einen, als nach der anderen Seite hin gelten können. Wäre für dieselbe der Inhalt der von den sechs erstgenannten Kommentatoren zur Rechtfertigung ihrer Ansicht in Bezug genommenen Aeußerungen und der Beschluß in der Sitzung der Just.Komm. v. 11. Novbr. 1876 und die Bemerkung des Refer. der Komm. in der Sitzung des Reichstags vom 29. ej. maßgebend, so würde die Verneinung der Eingangs-Frage allerdings kaum einem Bedenken unterliegen. Denselben kann jedoch — wenn von den in dem „Vorwort“ zu dem ersten Hefte der „Kontroversen“ vertheidigten Grundsätzen ausgegangen wird — ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden.

Der Abs. 2 des § 96 des Entw. (§ 105 StPO.) enthielt die Worte: „Wenn eine Durchsuchung — ohne Beisein des Richters oder eines Beamten der Staatsanwaltschaft stattfindet“. Diese auf die Staatsanwaltschaft bezüglichen Worte ließ die Just.Komm. in erster und zweiter Lesung gänzlich ausscheiden. Prot. S. 113 Nr. 2 und 118, bzhw. S. 849 Nr. I und 850. Dieser Beschluß der Just.-Komm. gehört zu denjenigen, gegen welche der Bundesrath Inhalts des Schreibens an den Reichstag vom 3. November 1876 (Nr. 22 der Drucksachen) Protest einlegte; er verlangte, daß nach den Worten „des Richters“ wieder eingeschaltet werde: „oder eines Beamten der Staatsanwaltschaft“. Bei der dadurch veranlaßten Berathung der Just.Komm. in der Sitz. vom 11. Novbr. S. 17 vertheidigte der Geh. ORR. **Hanauer** dies Verlangen unbeschränkt. Darauf heißt es weiter:

„Abg. **von Puttkamer** stellt den Antrag, im Abs. 2 des § 96 (des Entw.) hinter „der Richter“ (s. h. „des Richters“) einzuschalten „oder Staatsanwalt“. Er trete den Ausführungen des Regierungsvertreters insoweit bei, als dieselben sich auf den juristisch gebildeten Staatsanwalt beziehen, wolle aber den Amtsanwalt ausschließen, der meist auch Polizeibeamter sein werde.

Die Kommission nimmt hierauf den Antrag **von Puttkamer** mit großer Majorität an, und lehnt den Beschluß des Bundesraths ab."

Hierauf wurde zur Berathung eines anderen § übergegangen.

Im Reichstage hat der § eine Berathung nicht erfahren. Der Berichterstatter Abg. Dr. **von Schwarze** bemerkte dort: (Sitz. vom 29. Novbr. 1876 S. 457):

„Ich will mir nur erlauben, darauf aufmerksam zu machen, daß in dem zweiten Absatz der Kommissions-Beschlüsse gesagt worden ist: „des Staatsanwalts", im Gegensatz zu der sonstigen Bezeichnung „der Staatsanwaltschaft", weil wir mit diesem Ausdruck „Staatsanwalt" die bei dem Amtsgerichte angestellten Amtsanwalte haben ausschließen wollen."

Eine widersprechende oder zustimmende Aeußerung Seitens der Vertreter des Bundesraths oder eines Abgeordneten erfolgte hierauf nicht. Der Präsident erklärte:

Widerspruch ist nicht erhoben; ich konstatire die Annahme des § 96 nach den Vorschlägen und zwar nach den schließlichen Vorschlägen der Kommission.

Hiernach stellt sich die Sachlage dahin heraus:

Daß die verbündeten Regierungen, als der eine Faktor der Gesetzgebung, die Ausdehnung der Bestimmung des Abs. 2 auf die Staatsanwaltschaft — d. h. nach dem allseitigen Einverständniß der Kommentatoren, mit Einschluß der Amtsanwälte — auf das Bestimmteste verlangt hat; (Schreiben vom 3. Novbr. 1876);

daß demnächst aber der § in der dem Beschlusse der Just.-Komm. entsprechenden Fassung im Reichstage angenommen worden ist;

daß vor diesem Beschlusse die von einem Faktor der Gesetzgebung mit der Vorberathung der StPO. beauftragt gewesene Kommission zur Kenntniß des Reichstags gebracht hat, daß sie bei der Substituirung des Ausdruckes „Staatsanwalt" an Stelle des im Regierungsentwurf enthaltenen Wortes „Staatsanwaltschaft" die Ausschließung des Amtsanwalts bezweckt habe;

und daß diese Mittheilung mit allseitigem Schweigen entgegengenommen worden ist.

Bei diesem Sachverhältniß kann wohl die bloße Hinweisung auf den mit der Wahl des Ausdrucks „Staatsanwalt" Seitens der Just.-Komm. verbundenen Zweck, und der Ausspruch **Puchelt's**: der Ausdruck müsse daher in dem Sinne aufgefaßt werden — zur Rechtfertigung der Ansicht, daß derselbe auf den Amtsanwalt nicht bezogen werden dürfe, für ausreichend nicht erachtet werden. Wie z. B. **von Schwarze** bei Besprechung des § 451 StPO. (S. 584 Note 3 seines Komm.) mit vollem Rechte prüft, ob das in Bezug auf jenen § in den Motiven zum Regier.Entw. Gesagte, „in den Gesetzen Unterstützung finde", und diese Frage verneinend, den Ausspruch der Mot. verwirft, so ist überall auch den Erklärungen der Just.Komm. gegenüber eine solche Prüfung unerläßlich. Im vorliegenden Falle kann auch eine Entbindung von der Verpflichtung zu dieser Prüfung nicht auf die Voraussetzung gestützt werden, daß der ꝛc. **Hanauer**, weil er in der Sitzung der Just.Komm. vom 11. Novbr. 1876 nach der Abstimmung über den Antrag **von Puttkamer** geschwiegen, dem demselben entsprechenden Beschlusse der Just.Komm. Namens der verbündeten Regierungen zugestimmt habe. Denn derselbe hatte nicht bloß das weiter gehende Verlangen der Regierungen ausführlich motivirt, sondern wäre auch, gegenüber der von denselben in dem erwähnten Schreiben des Reichskanzlers vom 3. Novbr. abgegebenen bestimmten Erklärung nicht berechtigt gewesen, den Beschluß der Just.Komm. zu acceptiren.

Dasselbe gilt von dem allseitigen Schweigen im Reichstage nach der erwähnten Mittheilung des Berichterstatters der Komm. **von Schwarze**. Aus demselben ist so wenig eine Zustimmung des Bundesraths, als der Majorität des Reichstags zu dem, was die Just.-Komm. bei dem Beschlusse einer Abänderung des Regierungs-Entwurfs „gewollt hat", herzuleiten. Nur der § selbst ist, so, wie ihn die Komm. in letzter Lesung gefaßt hat, vom Reichstage angenommen; nicht aber hat er sich mit dem Sinne, welchen die Komm. dem Ausdruck „Staatsanwalt" beizulegen beabsichtigt hat, einverstanden erklärt. Ging der Bundesrath, oder gingen Abgeordnete davon aus, daß der Ausdruck „Staatsanwalt" nach der Terminologie der neuen Justizgesetze, Mangels einer ausdrücklichen Beschränkung, gleichbedeu-

tend sei, mit „Staatsanwaltschaft", und somit alle Klassen der letzteren vom Oberreichsanwalt bis zum Amtsanwalt umfasse, so waren sie in ihrem Rechte, wenn sie — voraussetzend, daß die Gerichte sich bei der Anwendung des § nur an seinen Inhalt halten würden — denselben annahmen, ohne sich auf eine Bekämpfung der — ohnehin in der Just.Komm. ohne jede Motivirung gebliebenen — Ansicht über die Bedeutung des Ausdrucks „Staatsanwalt" einzulassen. Sie konnten sich auch in der Sitzung, in welcher über 47 §§ berathen und Beschluß gefaßt wurde, wohl kaum veranlaßt sehen, bloß über den Sinn, welchen die Just.Komm. mit einzelnen Ausdrücken verbunden hatte, eine zeitraubende Debatte hervorzurufen. Dies erwogen, kann es in diesem Falle unerörtert bleiben, welchen Einfluß es auf die Entscheidung der Streitfrage haben würde, wenn sich beide Faktoren der Gesetzgebung ausdrücklich damit einverstanden erklärt hätten, daß der Abs. 2 auf Amtsanwälte keine Anwendung finden solle. — Endlich wird es nicht zweifelhaft erscheinen, daß unter den oben angeführten Worten des Reichstags-Präsidenten: „nach den schließlichen Vorschlägen der Kommission" nicht die von dem Berichterstatter erwähnten Absichten der Komm., sondern nur die zuletzt gefaßten Beschlüsse derselben zu verstehen sind.

Es wird hiernach die Frage, ob das Wort „Staatsanwalt" in § 97 den Amtsanwalt ausschließe, unabhängig von den erwähnten Aeußerungen in der Just.Komm. und im Reichstage zu prüfen sein.

Anzuerkennen ist zu Gunsten der Ansicht **Dreyer's**, daß in der allgemeinen juristischen Terminologie der Ausdruck „Staatsanwalt" als gleichbedeutend mit „Staatsanwaltschaft", also alle Klassen der letzteren umfassend, gebraucht wird. S. 167 der „Begründung des Entw. des Gerichtsverfassungsgesetzes" heißt es bei Besprechung der Regelung der Disciplinargewalt der oberen Staatsanwaltschafts-Beamten: „es sei zweifelhaft, ob die Reichsanwaltschaft an der disciplinaren Leitung der „Staatsanwälte" zu betheiligen sei." Daß man diesen Zweifel nur hinsichtlich der Staatsanwälte bei den Oberlandes- und den Landgerichten, nicht aber im Betreff der Amtsanwälte gehegt, den Ausdruck „Staatsanwälte" also mit Ausschluß der letzteren angewandt haben sollte, kann wohl nicht angenommen werden. Dr. **Salomon Mayer** sagt S. 105 Nr. 7 seines Kommentars zur Oesterr. StPO.: Der

Staatsanwalt ist der im Namen des Staates fungirende Angreifer. Auch **Geyer** bemerkt 288 Note 4 in **von Holtzendorffs** Handb. des StPRechts, wo er die Ausdrücke „Staatsanwalt" und „Staatsanwaltschaft" promisque braucht: „Im Vorbereitungsverfahren hat über die Beeidigung der Amtsrichter zu entscheiden, der aber von Amtswegen ohne Antrag des Staatsanwalts nur, wenn Gefahr im Verzuge ist, die Beeidigung vornehmen kann." Daß hier das Wort „Staatsanwalt" den Amtsanwalt mit umfaßt, folgt aus dem die betreffende Vorschrift enthaltenden § 160 StPO., wo der allgemeine Ausdruck „Staatsanwaltschaft" gewählt ist. Ferner braucht **von Schwarze** S. 376 in der Note 1 zu § 213 StPO. die Ausdrücke „Staatsanwaltschaft" und „Staatsanwalt" als gleichbedeutend und den Amtsanwalt einschließend. In gleicher Weise ist in der Just.Komm. bei den Berathungen der StPO. und des GVG. der Ausdruck „Staatsanwalt" in jenem weiteren Sinne gebraucht worden. Beispielsweise heißt es S. 664 der Prot. zum GVG. zu § 151 (Entw. § 122), nach Voranschickung der Bemerkung, daß die StPO. das Verhältniß der Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten festzustellen habe: Die Just.Komm. habe eine Beschwerde an das Gericht gegen den Staatsanwalt wegen verweigerten Einschreitens geschaffen. Daß hier unter „Staatsanwalt" auch der Amtsanwalt verstanden ist, ergiebt sich aus den §§ 169. 170 StPO., wo allgemein von der Staatsanwaltschaft die Rede ist. In gleichem Sinne braucht das Wort „Staatsanwalt" bei derselben Berathung S. 665 a. a. O. der Geh. ORRth. **Hanauer**, indem er sagt: „Die Verpflichtung des Staatsanwalts zum Vollzug gerichtlicher Beschlüsse mache selbstverständlich denselben nicht abhängig vom Gericht, sowenig als das Gericht, weil es den Antrag des Staatsanwalts abwarten müsse, vom Staatsanwalt abhängig sei. Auch bei der Berathung des hier in Rede stehenden § 105 hat derselbe sowohl in der Sitzung vom 8. Juni 1876 Prot. S. 850 Abs. 2, als in der Sitzung vom 11. Novbr. 1876 S. 17 bei Vertheidigung des Verlangens der Regierungen die Worte: „oder eines Beamten der Staatsanwaltschaft" beizubehalten, mehrfach vom „Staatsanwalt" gesprochen, und, daß er hierunter auch den Amtsanwalt verstanden, noch überdies durch die Bemerkung zu erkennen gegeben: „der Staatsanwalt habe im Vorverfahren ganz dieselbe Stellung, wie

der Richter in der Voruntersuchung." Endlich sagte **Reichensberger** (S. 423 der Prot. zum GVG.): Er halte mit Entschiedenheit daran fest, daß die Staatsanwälte nicht zugleich richterliche Beamten sein dürfen, daß dieselben jedoch, mit Ausnahme der Amtsanwälte, richterliche Befähigung haben müssen.

Diese allgemeine und auch bei den Berathungen in der Just.Komm. zur Geltung gekommene juristische Terminologie berücksichtigt, bedarf es, um bezüglich des § 105 StPO. den Ausdruck „Staatsanwalt" im engeren Sinne, also unter Ausschließung des Amtsanwalts, aufzufassen, des Nachweises, entweder, daß nach der Terminologie der StPO. und des GVG. das Wort „Staatsanwalt" nur in jenem engeren Sinne gebraucht werde, oder daß die Vorschrift des § 105 StPO. nöthige, dort den Ausdruck so aufzufassen.

Hiervon ausgegangen würde, wenn **Dreyers** Annahme: „daß, wenn die StPO. vom „Staatsanwalt" spreche, der Amtsanwalt ausgeschlossen werden solle" in der Redaktion der StPO. ihre Bestätigung fände, seine Ansicht, daß gleichwohl jener Ausdruck im Abs. 2 des § 105 ausnahmsweise den Amtsanwalt mit umfasse, von Hause aus ungenügend motivirt erscheinen, da er dieselbe nur durch die Bezeichnung als „zweifellos" unterstützt. Jene Behauptung läßt sich aber aus der StPO. als begründet nicht nachweisen. Daraus, daß **Dreyer** im unmittelbaren Anschluß an seinen erwähnten, den Sinn des Wortes „Staatsanwalt" in der StPO. betreffenden Satz auf die §§ 98. 100. 108 hinweist, würde zu folgern sein, daß in diesen §§ der Ausdruck „Staatsanwalt" in jenem engeren Sinne gebraucht sei, dieselben also einen Belag für die Richtigkeit seiner Behauptung darböten, zumal er den Satz: „davon weicht freilich der § 105 ab", nur durch ein Komma von den allegirten 3 Paragraphen trennt. Da jedoch diese §§ überall nur von der Staatsanwaltschaft sprechen, wird anzunehmen sein, daß **Dreyer** sie auf seinen ersten, den Begriff Staatsanwaltschaft betreffenden Satz habe bezogen wissen wollen und nur bei der Locirung derselben nicht völlig korrekt verfahren sei.

Die Richtigkeit der gedachten Behauptung **Dreyers** läßt sich aber überhaupt aus §§ der StPO. nicht nachweisen, da der Ausdruck „Staatsanwalt" in derselben (vom GVG. wird weiter unten die Rede

sein) nur an der einen hier in Rede stehenden Stelle: § 105 Abs. 2 vorkommt.

Hiernach wird die Vorschrift dieses § bezüglich der vorliegenden Streitfrage, unabhängig von den in den Kommentaren für und wider die Ansicht **Dreyers** angeführten Gründen, nach allgemeinen Auslegungsregeln zu interpretiren sein.

Der Inhalt des Abs. 2 selbst bietet dazu einen sicheren Anhalt nicht dar. Daß in den Abs. 1 und 4 von der „Staatsanwaltschaft" die Rede ist, läßt sich — an der von dem oben nachgewiesenen juristischen Sprachgebrauche an die Hand gegebenen Bedeutung des Ausdruckes „Staatsanwalt" festgehalten — für die Ansicht von **Dalcke** und Gen. nicht geltend machen, da es sich in den beiden ersterwähnten Abs. um Befugnisse der staatsanwaltschaftlichen Behörde als solcher, im Abs. 2 dagegen um die Person des Beamten derselben handelt, demzufolge das Wort „Staatsanwaltschaft" hier unpassend stehen würde.

Auch das von dem Abg. **von Puttkamer** für seinen Antrag auf Redaktion des Abs. 2 in seiner jetzigen Fassung allein angeführte Argument: daß die Durchsuchung zwar dem juristisch gebildeten Staatsanwalt, nicht aber dem Amtsanwalt, der meist auch Polizeibeamter sein werde, zu überlassen sei, könnte — abgesehen davon, daß es bei der „Durchsuchung" nicht sowohl auf juristische, als auf allgemeine Bildung und auf amtlichen Takt ankommt — nicht dahin führen, dem Worte „Staatsanwalt" einen von der zunächst maßgebenden juristischen Terminologie abweichenden Sinn beizulegen. Bei einer Zuständigkeit von so geringem Umfange, wie sie z. B. die Preuß. Verordnung vom 2. Jan. 1849 den Polizeianwälten zuwies, mochten Männer zu dem Amte allenfalls genügen, welche im Stande waren, sich mit den wenigen, überdies sehr einfachen, von ihnen zu berücksichtigenden gesetzlichen Bestimmungen vertraut zu machen, und sich einige Geschäfts-Routine anzueignen. Wesentlich anders verhält es sich mit den durch das GVG. ins Leben gerufenen Amtsanwälten, welche die Staatsanwaltschaft bei Gerichten zu vertreten haben, denen nicht nur voraussichtlich die größte Zahl aller Strafsachen zufallen wird, sondern denen auch das Gesetz sowohl in Bezug auf die Höhe des ihrem Arbitrium anheimfallenden Strafmaßes, als hinsichtlich der Art der nach den §§ 27. 75 GVG. vor ihnen zu verhandelnden Vergehensfälle — in höchst bedenklicher

Weise — ein überaus weites Feld zugewiesen hat. Dem Amtsanwalt wird in Folge jener Vorschriften das Studium, von welchen thatsächlichen Voraussetzungen das Strafgesetz die Anwendbarkeit der Vorschrift eines § abhängig macht, und demnächst die Prüfung, ob diese gesetzlichen Erfordernisse in dem zu seiner Kenntniß gebrachten Thatbestande anzutreffen sind, oft in Fällen anheimfallen, die dem durchgebildeten Juristen vielseitig ernste Schwierigkeiten darbieten. Fragen, wie die: ob ein Betrug oder eine Unterschlagung vorliegt, ob die Handlungen des Beschuldigten ausreichen, um als Versuch zu gelten, ob Theilnahme an der strafbaren Handlung eines Anderen oder Begünstigung vorliegt, und viele andere ähnliche erfordern zu ihrer sachgemäßen Prüfung unerläßlich einen Amtsanwalt, der nicht bloß einzelne von ihm zu berücksichtigende Vorschriften seinem Gedächtniß einzuprägen vermag, sondern dem auch derjenige Grad von wissenschaftlicher Bildung beiwohnt, der das Eindringen in den Geist der materiellen Strafbestimmungen und das Verständniß der Beziehungen der einzelnen Vorschriften zu einander ermöglicht. Würde dies bei der Anstellung der Amtsanwälte verkannt oder nicht berücksichtigt, würden — wie **von Puttkamer** vorauszusetzen scheint — zu dem Amte Männer gewählt, deren Fähigkeiten und Bildungsgrad nicht über die eines großen Theils der früheren Preuß. Polizeianwälte (darunter Wirthschaftsbeamte ländlicher Gutsbesitzer) hervorragen, so müßte hierin ein beklagenswerther Mißgriff erkannt werden, welcher unausbleiblich mit den nachtheiligsten — wenn auch durch Zahlen schwer nachweisbaren — Folgen für die Kriminaljustiz verknüpft sein würde. Es ist deshalb zu erwarten, daß einer solchen Schädigung der Strafrechtspflege durch Anstellung ihrer Aufgabe gewachsener Amtsanwälte — ohne Rücksicht auf die damit für die Staatskassen verknüpften Opfer — werde vorgebeugt werden.

Wie dem aber auch sei, so müßte es für eine nicht zu rechtfertigende — und deshalb bei der Auslegung des § nicht zu vermuthende — Inkonsequenz gelten, wenn das Gesetz dem Amtsanwalt auf der einen Seite einen soweit reichenden intensiven Einfluß auf die Strafrechtspflege einräumt, daß es von seiner Gewissenhaftigkeit und Einsicht abhängig macht, ob mit mehrjähriger Freiheitsstrafe bedrohte Delikte durch Erhebung der Anklage vor den Richter gebracht werden oder nicht,

auf der anderen Seite ihm die Befugniß hätte entziehen wollen, eine von ihm selbst angeordnete Durchsuchung (Abs. 1) ohne Zuziehung von Kontroleuren seines Verfahrens auszuführen. Ueberdies wird sich diese Kontrole in der Mehrzahl der Fälle als eine leere Form herausstellen. Denn, erfolgt die Durchsuchung durch den als Amtsanwalt fungirenden städtischen Bürgermeister, so läßt sich nicht erwarten, daß der dabei von ihm zugezogene, ihm amtlich untergebene Gemeindebeamte sich auf eine Prüfung der Korrektheit des Verfahrens seines Vorgesetzten, und event. Abhülfe, einlassen wird. Also auch von dem Gesichtspunkte der lex ferenda aus liegt kein Grund vor, den Ausdruck „Staatsanwalt" einschränkend zu interpretiren. —

Ungeachtet dieser für die Ansicht **Dreyers** sprechenden Gründe, läßt ein Zurückgehen auf das — im Betreff der Terminologie auch bei Auslegung der StPO. zu berücksichtigende — Ger.VGes. die Meinung von **Dalcke** und Gen. als die richtigere erscheinen.

Der § 143 GVG., der in jener Beziehung hier als sedes materiae erscheint, bezeichnet, im Gegensatze zu den unter Nr. 3 genannten Amtsanwälten, unter Nr. 2 als Staatsanwälte: die bei den Oberlandesgerichten, den Landgerichten und den Schwurgerichten fungirenden Beamten der Staatsanwaltschaft. An dieser hierdurch technisch festgestellten von dem oben besprochenen allgemeinen juristischen Sprachgebrauche abweichenden Bedeutung des Wortes „Staatsanwalt" dürfte auch bei der Auffassung desselben da, wo er an anderen Stellen des GVG. oder der StPO. vorkommt, so lange festzuhalten sein, als sich nicht nachweisen läßt, daß das eine oder andere der beiden Gesetze den Ausdruck auch in solchen §§ braucht, wo darüber, daß er auch den Amtsanwalt mit umfaßt, ein Zweifel nicht obwalten kann.

Ein solcher Nachweis ist aber nicht zu führen. Daß er bezüglich der StPO. ausscheidet, ergiebt sich aus den vorstehenden den § 105 betreffenden Ausführungen, die die Frage, welchen Sinn der Ausdruck „Staatsanwalt" dort habe, als durchaus zweifelhaft erscheinen lassen.

Im GVG. kommt das Wort ohne erläuternden Beisatz nur vor im § 152: „Die Staatsanwälte dürfen richterliche Geschäfte nicht wahrnehmen. Auch darf ihnen eine Dienstaufsicht über die Richter

nicht übertragen werden." Hier könnte allerdings für die Auffassung des Wortes „Staatsanwälte" im weiteren, die Amtsanwälte mit umfassenden Sinne geltend gemacht werden, daß, von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, aus der Vorschrift des § e contrario gefolgert werden müsse, daß der Amtsanwalt richterliche Geschäfte übernehmen dürfe, was doch nicht füglich in der Absicht des Gesetzes gelegen haben könne. Allein schon der zweite Satz giebt genügend zu erkennen, daß jenes Wort im Sinne des § 143 Nr. 2 GVG. hat verstanden werden sollen, da es an jedem Anlaß gefehlt hätte, die Uebertragung der Aufsicht über Richter auf den Amtsanwalt noch besonders zu verbieten. Auch ergeben die Verhandlungen der Just.Komm. über den von ihr eingeschalteten §, daß die Vorschrift des ersten Satzes ihre Veranlassung darin hat, daß in einzelnen Bundesstaaten, z. B. Württemberg, die Staatsanwälte Mitglieder eines Civilsenats waren; eine Einrichtung, die die Just.Komm. mißbilligte. Prot. S. 423. 659 folg.

In dem § 153 GVG., welcher gleichfalls den Ausdruck „Staatsanwalt" enthält, ist hinzugefügt: „bei den Landgerichten"; hier kann daher ein Zweifel über seine Bedeutung nicht entstehen.

Nun tritt zwar, wenn im § 152 GVG. und im § 105 StPO. das Wort „Staatsanwalt" nach Maßgabe des § 143 Nr. 2 GVG. aufgefaßt wird, sogleich das Bedenken entgegen, daß es dann in ersterem § an Bestimmungen fehlt, welche auch bezüglich des Oberreichsanwalts und der Reichsanwälte (Nr. 1) die Uebernahme richterlicher Geschäfte und der Dienstaufsicht über Richter ausschlösse, was aus dem § 149 GVG. nicht herzuleiten ist, und ferner, daß nach dem § 105 StPO. auch der Oberreichsanwalt, als höchster Beamter der Staatsanwaltschaft, wenn er in einem Hoch- oder Landesverraths-Falle (§ 136 GVG) eine Durchsuchung vornehmen wollte, einen Gemeindebeamten oder zwei Gemeindemitglieder zuziehen oder den Staatsanwalt beim Landgericht beauftragen müßte, der von dieser Formalität entbunden ist. Da indeß diese Bedenken bei der Berathung so wenig des einen als des anderen § zur Sprache gebracht worden sind, darf angenommen werden, daß dieselben nicht ins Auge gefaßt und in Folge dessen bezüglich der Beamten der Staatsanwaltschaft des Reichsgerichts Lücken in den beiden Gesetzen geblieben sind.

Müssen nach dem § 175 GVG. vor der Beschlußnahme des Gerichts über die Ausschließung der Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung die dabei betheiligten Personen zur Erklärung darüber aufgefordert werden?

Ueber die Bedeutung der Worte des Abs. 1 des § 175 GVG. „wird verhandelt", weichen die Ansichten der Kommentatoren von einander ab. Während nach der einen Meinung vor dem die Oeffentlichkeit ausschließenden Gerichtsbeschlusse eine Diskussion darüber eröffnet werden muß, wird dies von anderer Seite nicht für nöthig erachtet. Die erstere Ansicht wird vertreten von

Dalcke. Er sagt S. 360. 1: „Aus der Bestimmung des Abs. 1, wonach über den Ausschluß der Oeffentlichkeit verhandelt werden soll, ist zu folgern, daß Staatsanwalt und Angeklagter vor der Beschlußfassung zu hören sind, und daß Nichtigkeit eintritt, wenn dies nicht geschehen ist."

Fuchs (v. Holtzendorff Handb. des deutschen StPR. Bd. II S. 62): „Die Form, in der die Ausschließung erfolgt, ist ein förmlicher Beschluß des Gerichts, der in öffentlicher Sitzung vom Staatsanwalt oder Vertheidiger beantragt, in nicht öffentlicher Sitzung begründet und diskutirt wird."

Hauck S. 206. „Aus § 175 Abs. 1 ist zu folgern, daß dem Ausschluß der Oeffentlichkeit nach § 173 eine nicht öffentliche Verhandlung mit den betheiligten Parteien, bzhw. dem Staatsanwalt, vorhergehen soll, in welcher diese ihre Gründe, für und wider den Ausschluß geltend zu machen berechtigt sind."

Keller S. 215. „Aus den Worten, daß über die Ausschließung der Oeffentlichkeit in nicht öffentlicher Sitzung verhandelt

wird, folgt, daß die bei dem Verfahren betheiligten Personen vor dem Beschlusse zu hören sind. Für die Hauptverhandlung im Strafverfahren ergiebt sich das schon aus § 33 StPO."

Löwe S. 160. 2. „Bevor die Ausschließung der Oeffentlichkeit beschlossen werden kann, muß über sie verhandelt, d. h. es muß die Staatsanwaltschaft und der (anwesende) Beschuldigte, bzhw. auch der Privatkläger und der Nebenkläger, zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert werden."

Thilo S. 243. 1: „Dem Beschlusse über die Ausschließung der Oeffentlichkeit muß eine Verhandlung hierüber vorangehen. Wird ein solcher Antrag von einer Partei oder der Staatsanwaltschaft, resp. dem Privat- oder Nebenkläger gestellt, oder regt das Gericht von Amtswegen die Frage wegen Ausschließung der Oeffentlichkeit an, so müssen die Parteien darüber, d. h. mit den Gründen oder Gegengründen gehört werden."

Voitus S. 256. „Der Ausdruck „verhandeln" bezeichnet nach der Terminologie der StPO., in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Gerichtssprachgebrauche — im Gegensatz zu „Berathung" § 195 GVG. — ein Verfahren, bei welchem die betheiligten Parteien zu hören sind."

Der entgegengesetzten Ansicht ist **von Schwarze**.

„Das Gericht — bemerkt er S. 97 — kann den Angeklagten wie den Staatsanwalt vor der Entschließung hören (vgl. noch §§ 33 der StPO.); keinesweges ist das Gehör des Angeklagten vorgeschrieben, auch dann nicht, wenn der Staatsanwalt einen Antrag auf Ausschließung gestellt hat."

Die „Begründung des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes" (Deutscher Reichstag. II Legislatur-Periode. II Session 1874. Zu Nr. 4) läßt die vorliegende Frage unberührt; (S. 197 zu § 139 folg. des Entw.). Auch in der Just.Komm. ist sie nicht zur Sprache gekommen; der § 41 des Entw. (§ 175 GVG.) wurde in beiden Lesungen ohne Debatte angenommen. Prot. S. 28. 863.

Der Ansicht von **Dalcke** und Gen. dürfte der Vorzug gebühren. Zunächst steht derselben die Terminologie des GVG. und der StPO. bezüglich des Zeitwortes „verhandeln" — auch wenn man das in

demselben 14. Abschnitte des ersteren mehrfach in gleichem Sinne gebrauchte Hauptwort „Verhandlung" nicht für entscheidend halten will — zur Seite. Wenn es z. B. im § 187 GVG. heißt: „Wird unter Betheiligung von Personen verhandelt", so ist zweifellos ein Verfahren gemeint, bei dem den „Personen", d. h. den bei dem Verfahren Betheiligten, Gelegenheit geboten wird, ihre auf den Gegenstand derselben bezüglichen Erklärungen abzugeben, Anträge zu stellen u. s. w. In gleichem Sinne ist das Wort „verhandeln" im § 424 Abs. 2 StPO. gebraucht.

Dies erwogen, müßten, um den Worten des § 175 „wird verhandelt" eine andere Bedeutung beizulegen, bestimmte Gründe vorliegen. An solchen mangelt es nicht nur, sondern das Gesetz hatte auch ausreichende Veranlassung, die Anhörung der von den Betheiligten für oder wider die Ausschließung der Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung oder eines Theils derselben geltend zu machenden Gründe vor der Beschlußnahme des Gerichts anzuordnen.

Die Oeffentlichkeit der Verhandlung mit dem Angeklagten und der Beweiserhebung vor dem erkennenden Gericht — von der bei der Berathung des § 229 der Oesterreichschen StPO. vom J. 1873 (Dr. Sal. Mayer Handb. des StPR. Bd. I S. 690) gesagt wurde: sie sei der Grundpfeiler des ganzen Verfahrens, an dem nicht gerüttelt werden dürfe — gilt nach der Auffassung der neueren Gesetzgebungen wie der Kriminalisten für das Palladium gerechter Rechtssprechung in der Strafrechtspflege. Wie sehr auch die Deutsche StPO. diesem Grundsatz huldigt, beweist ihr — demnächst zu besprechender — § 377 Nr. 6. Dies Streben, die Oeffentlichkeit gegen willkürliche Beschränkung möglichst zu wahren, mußte zunächst darauf hinführen, für Fälle, wo das Gericht die Ausschließung der Oeffentlichkeit von Amtswegen anzuordnen beabsichtigt, in erster Linie der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zu geben, die für Aufrechthaltung der Regel des § 170 geltend zu machenden Gründe dem Gericht zur Erwägung zu geben. Aber auch den übrigen bei dem Verfahren betheiligten Personen — Angeklagter, Vertheidiger rc. — durfte die Befugniß, in einem solchen Falle gegen die Ausführung der Absicht des Gerichts anzukämpfen, nicht verschränkt werden. Denn auch sie haben nicht nur an sich ein Recht, darauf hinzuwirken, daß von je-

ner Regel nicht ohne eine den Voraussetzungen des § 173 entsprechenden Grund abgewichen werde, sondern es kann auch dem Angekl. und den Parteien der Privatklage ein spezielles Interesse beiwohnen, zur Herstellung ihres durch über sie verbreitete Gerüchte gefährdeten guten Rufes zu verlangen, daß die Verhandlung der Sache und die Beweiserhebung im Beisein ihrer Mitbürger erfolge. Der Ansicht, daß es vom Gericht abhänge, ob es den Staatsanwalt und den Angeklagten hören wolle — wie sie **von Schwarze** durch die Worte: „das Gericht kann u. s. w." zu erkennen giebt — und daß das Gehör des Angekl. nicht vorgeschrieben sei, wird daher in dem oben vorausgesetzten Falle nicht beizutreten sein.

Dasselbe gilt aber auch, wenn die Ausschließung der Oeffentlichkeit von der Staatsanwaltschaft oder einer der übrigen betheiligten Personen beantragt wird. Auch in einem solchen Falle wird der Antrag, bevor das Gericht über ihn beschließt, zur Diskussion zu stellen sein. Allerdings spricht sich der § 173 nicht ausdrücklich darüber aus, ob auch diese letzteren zu einem solchen Antrage berechtigt seien. Für die Zulässigkeit eines solchen Antrages, die auch **Fuchs** und **Thilo** annehmen, spricht aber nicht nur die allgemeine Fassung des §: „kann das Gericht u. s. w.", sondern es würde auch durch Ausschließung eines solchen Antrages das öffentliche Interesse, welches der § 173 ins Auge faßt, gefährdet werden, da jenen Personen solche, dem Gerichte unbekannte, erst bei der bevorstehenden Beweisaufnahme herauszustellenden Umstände bekannt sein können, welche dem Gerichtshofe die Ausschließung der Oeffentlichkeit geboten erscheinen lassen.

Wenn **von Schwarze** im Anschluß an seinen ersten Satz: „das Gericht kann den Angeklagten wie den Staatsanwalt hören", auf den § 33 der StPO. hinweist, so ist dagegen zu bemerken, daß dieser — von **Keller** mit Recht für seine Meinung in Bezug genommene — § nicht von einer Befugniß des Gerichts, sondern von einer Verpflichtung desselben zur Anhörung der Betheiligten vor seinen im Laufe einer Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen spricht.

Dagegen könnte man gegen die Ansicht von **Dalcke** und Gen.: in dem § 175 sei die Anhörung der Betheiligten vorgeschrieben, das Bedenken erheben, daß, wie die §§ 170—176 überhaupt, so auch der § 175 direkte Vorschriften nur in Bezug auf die Oeffentlichkeit des

Verfahrens, nicht aber darüber zu geben bestimmt sei, ob und von wem Erklärungen über die vom Gericht beabsichtigte, bzhw. von Jemand beantragte Ausschließung der Oeffentlichkeit zu erfordern seien, — wie denn auch die bei Anordnungen, daß etwas geschehen solle, in dem GVG. und der StPO. der Regel nach und auch im Abs. 2 des § 175 beobachtete Ausdrucksweise: „es muß", „das Gericht hat" und Aehnliches hier nicht anzutreffen sei. Allein abgesehen davon, daß auch im § 170 eine völlig bestimmte Vorschrift in der Fassung: „die Verhandlung — erfolgt" gegeben ist, lassen auch die Worte: „wird — verhandelt" erkennen, daß das Gesetz die Nothwendigkeit einer Verhandlung über die beabsichtigte Abweichung von der als Regel angeordneten Oeffentlichkeit des Verfahrens für selbstverständlich erachtet habe, wie dies auch der Bestimmung des bereits erwähnten § 33 StPO. entspricht. —

Die Bedeutung der Streitfrage für die Praxis ist nicht zu verkennen, da der oben in Bezug genommene § 377 Nr. 6 StPO. die Nichtigkeit des Verfahrens eintreten läßt, wenn das Urtheil auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher „die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind." Denn, ist auch die Redaktion dieser Vorschrift — wie bereits von **Voitus** S. 393. 7 bemerkt ist — insofern zu bemängeln, als nach den Worten die Vernichtung des Urtheils auch eintreten müßte, wenn über die Ausschließung der Oeffentlichkeit in öffentlicher Sitzung verhandelt wäre (§ 175 Abs. 1 GVG.), was wohl nicht beabsichtigt ist, so läßt doch der § darüber keinen Zweifel, daß es für eine die Revision rechtfertigende Gesetzverletzung stets gelten muß, wenn eine Vorschrift unbeachtet geblieben ist, welche auf Wahrung des Prinzips der Oeffentlichkeit abzielt. Daß die Anordnung der Anhörung der bei der Verhandlung betheiligten Personen vor der Beschlußnahme über die Ausschließung der Oeffentlichkeit diesen Zweck verfolgt, ist oben nachzuweisen versucht worden.

Amtsrichterliche Strafbefehle.

Die Vorschriften des ersten Abschnitts des 6. Buchs der StPO. haben außer den bereits S. 133 folg. der „Kontroversen" besprochenen den § 451*) betreffenden, noch andre Meinungsverschiedenheiten der Kommentatoren hervorgerufen. Einige derselben sind nicht in völlig gleichem Maße, wie die in der folgenden Abhandlung zu erwähnenden auf die Vorschriften des 2. Abschnitts bezüglichen, von intensivem Einfluß auf das strafprozessualische Verfahren; gleichwohl empfahl es sich, sie hier in der Kürze einer Prüfung zu unterwerfen, da das Institut der „Strafbefehle" sich voraussichtlich bei den Gerichten allgemein Eingang verschaffen wird, mithin ein möglichst gleichmäßiges Verfahren hinsichtlich desselben anzustreben ist.

In Bezug auf den

§ 448

waltet Einverständniß darüber ob, daß die Worte des Abs. 2: „Findet der Amtsrichter Bedenken — so ist die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen", nicht dahin aufzufassen seien, daß der Richter, gleich-

---

*) Dr. **von Schwarze** bekämpft S. 15 seiner „Erörterungen praktisch wichtiger Materien" die angeblich von **Löwe** S. 879 aufgestellte Ansicht: daß im Falle des § 452 das Gericht beim Ausbleiben des Angekl. in der Hauptverhandlung das persönliche Erscheinen desselben nach § 235 StPO. anordnen dürfe. Es liegt hier aber ein Mißverständniß vor. **Löwe**'s von **von Schwarze** in Bezug genommenen — in **Voitus**' „Kontroversen" S. 133 folg. vertheidigte — Ausführung S. 879 Nr. 9 betrifft, ebenso wie der von ihm erwähnte, in der Just.Komm. S. 695 der Prot. gestellte Antrag, ausschließlich den § 451 (Entw. §. 379) und läßt den im § 452 vorgesehenen Fall unberührt. Auch hätte **Löwe** die Ansicht, daß der § 235 im Falle des § 452 Anwendung finde, nicht aufstellen können, ohne mit seiner diesen § betreffenden Ausführung S. 480 Nr. 1 in direkten Widerspruch zu treten.

viel welcher Art seine Bedenken seien, das Hauptverfahren einzuleiten habe, derselbe vielmehr zur gänzlichen Zurückweisung der Anklage des Amtsanwalts in allen solchen Fällen berechtigt und verpflichtet sei, in welchen er auch im gewöhnlichen Verfahren den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens würde ablehnen müssen. (Unzuständigkeit des Schöffengerichts; mangelnder Strafantrag Seitens des Verletzten in Fällen gesetzlicher Nothwendigkeit, Verjährung u. s. w.). **Löwe** S. 875. 2; **Keller** S. 484. 2; **Mewes** (**v. Holtzendorff** StrafPrR. II S. 392; **von Schwarze** S. 583. 2; **Voitus** S. 448. 3. Dagegen ist streitig

I. ob in den, im Abs. 1 gedachten Antrage auf Erlassung eines Strafbefehls zugleich das eventuelle Verlangen, die Sache, der Vorschrift des Abs. 2 entsprechend, „zur Hauptverhandlung zu bringen", zu finden sei, oder ob, um den Amtsrichter hierzu zu berechtigen, ein solcher eventueller Antrag ausdrücklich vom Amtsanwalt gestellt sein müsse. — Dieser letzteren Ansicht ist

Keller S. 485. 7. Er macht hiefür geltend, daß anderenfalls anstatt der Worte: zur Hauptverhandlung „zu bringen", hätte gesagt werden müssen: „zu verweisen", so wie ferner, daß die Vorschriften der §§ 456 und 462 in den § 448 nicht aufgenommen worden seien, und fährt dann fort:

„Der Amtsrichter hat über die Eröffnung des Hauptverfahrens nur zu befinden, wenn ein Antrag darauf gestellt wird. Anderenfalls ist es, nach Abweisung des Antrags auf Erlaß des Strafbefehls, der Staatsanwaltschaft in allen Fällen zu überlassen, nach den gewöhnlichen Regeln zu verfahren, d. h. entweder die öffentliche Klage ganz zu unterlassen — oder nach § 211 die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen, oder einen Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens zu stellen."

Entgegengesetzter Meinung ist **Löwe**. Er bemerkt S. 875. 1. a:

„Daraus, daß der Antrag die Erhebung der öffentlichen Klage enthält und daß er die Grundlage für den Strafbefehl, so wie event. für die Hauptverhandlung und Urtheilsfällung bildet, folgt von selbst, daß er den Erfordernissen einer schöffengerichtlichen Anklageschrift (§ 198) entsprechen muß."

Ferner S. 876. 4 a:

„Die Worte: zur Hauptverhandlung zu bringen" sind da-

hin zu verstehen, daß der Amtsrichter die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen und die Hauptverhandlung anzuberaumen hat; der Antrag der Staatsanwaltschaft wird in diesem Falle als Anklageschrift angesehen und behandelt."

Uebereinstimmend hiermit sagt:

von Schwarze S. 583. 3. „Der Antrag des Staatsanwalts ist event. als Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens anzusehen."

Die letztere Ansicht dürfte die richtigere sein.

Zunächst steht ihr die Fassung der Vorschriften des Abs. 2 zur Seite. Denn, da sowohl im Eingange des ersten Satzes desselben als im zweiten Satze nur von dem Amtsrichter und dessen alleiniger Beschlußnahme und Anordnung die Rede ist, so würde, von Keller's Meinung ausgegangen, bei den Worten: „so ist die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen" ausdrücklich auszusprechen gewesen sein, daß zu dieser Beschlußnahme des Amtsrichters der „Antrag" des Abs. 1 als solcher nicht geeignet sei, es vielmehr einer besonderen Erklärung des Amtsanwalts bedürfe, daß er die Eröffnung des Hauptverfahrens verlange. Mangels einer solchen Aeußerung des Gesetzes ist anzunehmen, daß der Amtsrichter, falls ihm die Sachlage zu dem exceptionellen Verfahren der Erlassung eines Strafbefehls nicht geeignet erscheint, seine Prüfung sofort darauf zu richten habe, ob der Antrag des Amtsanwalts den Erfordernissen des § 198 StPO. entspreche, und daß er in diesem Falle nach den Bestimmungen der §§ 200. 201 zu verfahren, entgegengesetzten Falls sowohl die Erlassung des Strafbefehls als auch die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen habe.

Der im Abs. 1 des § bezeichnete „Antrag" unterscheidet sich auch hinsichtlich seiner Erfordernisse von der im § 198 behandelten Anklageschrift nur dadurch, daß er auf eine bestimmte Strafe zu richten ist, während im gewöhnlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft die Art und Höhe der Strafe erst in der Hauptverhandlung auf Grund des Ergebnisses derselben beantragt. Denn daß der „Antrag" den Anforderungen des § 198 entsprechen muß, ergiebt sich daraus, daß der Amtsrichter ohne die dort bezeichneten Data auch nicht zu prüfen vermöchte, ob der Strafbefehl zu erlassen sei, so wie ferner aus der Bestimmung des § 451, da die Verhandlung der Sache in der

Hauptverhandlung nothwendig voraussetzt, daß dem Gericht das dazu nach § 205 erforderliche Material unterbreitet sei, letzteres aber vom Amtsrichter — wie im gewöhnlichen Verfahren aus der Anklageschrift § 198, so — in Fällen der §§ 447 folg. nur aus dem „Antrage" des Amtsanwalts entnehmen kann. Hat aber der Amtsanwalt jenen Anforderungen genügt und seine Absicht, den Angeklagten wegen der ihm schuldgegebenen That zur Strafe zu ziehen, durch den „Antrag" an den Tag gelegt, so darf der Amtsrichter davon ausgehen, daß Ersterer im Falle der Ablehnung des Ausnahme-Verfahrens eines „Strafbefehls", jene Absicht im gewöhnlichen Verfahren erreichen wolle.

Es ist auch **Keller** wohl nicht darin beizutreten, daß es, von dieser Ansicht ausgegangen, anstatt: zur Hauptverhandlung „zu bringen", hätte heißen müssen: „zu verweisen". Denn dieser letzte Ausdruck hätte auf eine sofortige Anberaumung der Hauptverhandlung hingedeutet, während die Worte „zu bringen" zu erkennen geben, daß dem Amtsrichter, der allgemeinen Vorschrift des § 200 entsprechend, gestattet sei, zuvor einzelne Beweiserhebungen anzuordnen.

Welchen Einfluß **Keller** den von ihm in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 456 u. 462, nach welchen in den dort bezeichneten Fällen es einer Anklageschrift und einer Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht bedarf, auf die hier vorliegende Frage: ob in dem Antrage auf einen Strafbefehl zugleich der eventuelle Antrag auf Herbeiführung der Hauptverhandlung zu finden sei, beimißt, läßt sich Mangels näherer Aeußerung nicht prüfen.

II. waltet Meinungsverschiedenheit im Betreff der Form ob, welche der Amtsrichter bei dem „zur Hauptverhandlung bringen" des Abs. 2 zu beobachten habe.

Löwe versteht S. 876. 4. a. jene Worte dahin,

> „daß der Amtsrichter die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen habe",

und, daß er hiermit einen den §§ 201. 205 entsprechenden Beschluß versteht, geht aus seiner weiteren Bemerkung hervor: „Bei Uebertretungen ist die Erlassung eines förmlichen Eröffnungsbeschlusses entbehrlich". Der Antrag der Staatsanwaltschaft, sagt er, werde in diesem Falle als Anklageschrift angesehen und behandelt. — Daß **Keller** derselben Ansicht ist, wird aus seinen unter I. dieser Abhand-

lung angeführten Worten: Der Amtsrichter hat über die „Eröffnung des Hauptverfahrens nur zu befinden ꝛc.“, zu folgern sein. — Dagegen hält

Thilo S. 495. 2 eine Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung „durch einfache Verfügung“ für ausreichend. Ebenso

Mewes a. a. O. S. 392 Abs. 2: „Da in dem Verfahren vor dem Schöffengerichte eine förmliche Verfügung des Amtsrichters über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht erforderlich ist (Mot. S. 112), bedarf es auch hier einer besonderen Eröffnungsverfügung nicht; sondern beraumt vielmehr der Amtsrichter sofort den Termin zur Hauptverhandlung an.“

Der ersteren Ansicht dürfte der Vorzug gebühren.

Findet der Amtsrichter die Sachlage zu dem Ausnahme-Verfahren des § 448 Abs. 1 nicht geeignet, hält er aber die Anklage des Amtsanwalts an sich für genügend substantiirt, um sie im gewöhnlichen Hauptverfahren einzuleiten, so hat er Mangels entgegenstehender Ausnahme-Vorschriften im 1. Abschn. des 6. Buchs der StPO. die im 4. Abschn. des 2. Buchs enthaltenen allgemeinen, das Hauptverfahren betreffenden Vorschriften zu befolgen. Auf solche Ausnahme-Bestimmungen beruft sich Mewes nicht; er weist vielmehr für den Satz: „daß in dem Verfahren vor dem Schöffengerichte eine förmliche Verfügung des Amtsrichters über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht erforderlich sei“, nur auf die Mot. hin. Allein dieselben enthalten S. 112, nach Voranschickung der Bemerkung, daß zwar auch für die vor die Schöffengerichte gehörigen Sachen die richterliche Prüfung der Anklage nicht ausgeschlossen sei, dieselbe aber namentlich bei polizeilichen Uebertretungen in Bezug auf den Beweis weniger peinlich sein könne, nur die durchaus unbestimmt gehaltene Bemerkung: Der Entwurf habe geglaubt, von besonderen Vorschriften für die Behandlung geringfügiger Strafsachen absehen und das Weitere dem Gerichtsgebrauche überlassen zu können, und zwar um so mehr, als das Verfahren vor den Schöffengerichten ohnehin durch die Bestimmungen der §§ des Entw. 175. (StPO. 211) 375 folg. (StPO. 447 folg.) und 381 folg. (StPO. 453 folg.) eigenthümliche Formen erhalten habe, dergestalt, daß die Eröffnung des Hauptverfahrens durch förmliche

Verfügung des Amtsrichters „sich überhaupt nicht als die regelmäßige Verfahrensart darstellen werde".

Wäre es aber auch an sich gestattet, aus einer solchen Bemerkung der Mot. Normen für das strafrechtliche Verfahren herzuleiten, so würde dem vorerwähnten von Mewes aufgestellten Satze dennoch nicht zugestimmt werden können. Denn zunächst hätte es, von jener Bemerkung der Mot. ausgegangen, der ausdrücklichen Vorschriften der, ausschließlich schöffengerichtliche Strafsachen betreffenden §§ 211. 456, wonach in den darin bezeichneten Fällen eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens entbehrlich ist, nicht bedurft. Nächstdem hat aber das GVG. die Zuständigkeit der Schöffengerichte in dem Grade über die im § 14 des Entw. gesteckten Grenzen hinaus ausgedehnt, — es ermächtigt dieselben, auf Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren zu erkennen — daß, selbst wenn die Mot. den von Mewes aus denselben hergeleiteten oben angeführten Satz enthielten, er in dieser Allgemeinheit auf die Vorschriften der jetzigen StPO. nicht mehr würde bezogen werden dürfen.

Gegen die Ansicht von Löwe wird sich auch nicht geltend machen lassen, daß nach § 451 in Fällen, wo der Angeklagte gegen den Strafbefehl Einspruch erhebt, sofort „zur Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht geschritten" wird. Denn in solchen Fällen hat der Amtsrichter bereits dadurch, daß er den Strafbefehl erlassen, ausgesprochen, daß der „Antrag" des Amtsanwalts den Erfordernissen einer Anklage entspreche und geeignet sei, event. einer Verhandlung vor dem Schöffengericht zum Grunde gelegt zu werden. Hier lag daher für das Gesetz Veranlassung vor, von dem in § 205 bezeichneten „Beschlusse" Abstand zu nehmen, wogegen in Fällen des § 448 Abs. 2, wo der Richter die Erlassung des Strafbefehls ablehnt, in Beziehung auf die Eröffnung des Hauptverfahrens noch res integra ist, es mithin an einem Grunde fehlt, um von dem gewöhnlichen Verfahren abzuweichen. In Uebereinstimmung hiermit ist auch in dem, B. I S. 384 der „Annalen von Braun und Blum" abgedruckten Reichsgerichts-Urtheil vom 13. Januar 1880 bei Besprechung der Nothwendigkeit der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung unter den einen solchen Beschluß nicht erfordernden Vorschriften nur der § 451, nicht auch der § 448 aufgeführt (S. 385).

III. ist im Betreff des § 448 bestritten, ob die Erlassung eines Strafbefehls unzulässig sei, wenn der Amtsrichter zwar die vom Amtsanwalt beantragte Strafe nach Art und Maß der Sachlage entsprechend erachtet, sie aber auf ein anderes, als das von Letzterem bezeichnete Strafgesetz gründen will.

Keller bejaht die Frage S. 484. 4. Er führt unter Betonung der Worte: „die beantragte Strafe" aus:

> „Der Ausdruck umfaßt auch die dem Maße und der Art nach gleiche, jedoch auf ein anderes Strafgesetz gestützte Strafe. Letztere ist nicht mehr die beantragte. Die Einfachheit des Verfahrens mit Strafbefehlen ist gerade durch die vollständige Uebereinstimmung zwischen Amtsrichter und Staatsanwaltschaft bedingt." Aehnlich

Löwe S. 876. 3. Er knüpft an die Bemerkung, daß es dem Amtsrichter nicht zustehe, in irgend einer Richtung von dem Antrage der Staatsanwaltschaft abzuweichen, den Satz:

> „Dies gilt, wie von der Bestimmung der Strafe, so auch von der Qualifizirung der That; der Amtsrichter kann ein anderes als das in dem Antrage bezeichnete Strafgesetz nicht zur Anwendung bringen."

Entgegengesetzter Ansicht ist

Thilo S. 495. 4. Er sagt: „Da die Uebereinstimmung zwischen dem Richter und Amtsanwalt nach den Worten des Gesetzes nur in Betreff der Strafe erforderlich ist, so ist, falls nur der Amtsrichter dieselbe nach dem Antrag festsetzen will, eine andere rechtliche Qualifikation der That Seitens des letzteren nicht ausgeschlossen."

Erachtet derselbe hiernach selbst eine Abweichung der Ansichten in Bezug auf die rechtliche Charakterisirung des Delikts nicht für einen der Erlassung des Strafbefehls entgegenstehenden Hinderungsgrund, so folgt von selbst, daß er auch die Bezugnahme desselben auf ein anderes, als das vom Amtsanwalt in Bezug genommene Gesetz für zulässig erachtet. Letzteres nimmt auch

Voitus an S. 448. 4. Er bemerkt unter Hinweisung auf die Worte des Abs. 2: „Wenn der Amtsrichter eine andere als die beantragte Strafe":

„Nach Art oder Maß. Beim Einverständniß des Richters mit der Staatsanwaltschaft ist der Richter nach den Worten des Gesetzes nicht verhindert, seinen Strafbefehl auf andere Gesetze, als die von der Staatsanwaltschaft ihrem Antrage zum Grunde gelegten, zu stützen. Die Worte: „Findet der Richter Bedenken", werden dem nicht entgegenstehen, da sie nach dem Wortsinne nur dahin aufzufassen sind: Bedenken gegen die Erlassung des beantragten Strafbefehls.

von Schwarze bemerkt S. 9 des 1. Hefts der „Erörterungen über praktisch wichtige Materien": „Wird die beantragte Strafe von dem Amtsrichter für angemessen erachtet, jedoch auf Grund eines anderen Gesetzes als des in dem Antrage angezogenen, so liegt streng genommen ein Anlaß für den Amtsrichter zum Einvernehmen mit dem Amtsanwalt nicht vor, und der Erlaß des Strafbefehls ist zulässig."

Auch erwiderte er bei der Berathung des § 448 (Entw. § 376) in der Just.Komm. (Prot. S. 1062) auf die Bemerkung des Abg. **Struckmann**, daß die Verschiedenheit der Ansicht des Amtsanwalts und des Amtsrichters über die Angemessenheit der Strafhöhe auch auf einer Abweichung in Bezug auf die Qualifikation des Delikts beruhen könne: Es handle sich bei dem Strafbescheide in der Regel nur um Uebertretungen, bei welchen die Qualifikation ziemlich gleichgültig sei.

Im Uebrigen bieten die Verhandlungen der Just.Komm. einen Anhalt zur Entscheidung der Streitfrage nicht dar. In der Sitzung vom 21. Juni 1876 (Prot. S. 1062) äußerte zwar der Geh. ORR. **Hanauer**, als Vertreter der Regierungen, bei Bekämpfung eines Antrags, wonach der Abs. 2 des § 376 des Entw. auf den Fall beschränkt werden sollte, wenn der Amtsrichter eine höhere (im Gegensatze zu: „andere") Strafe, oder eine andere Strafart, als vom Amtsrichter beantragt, festsetzen wolle: „Für das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen sei der entscheidende Gesichtspunkt der, daß dasselbe nur dann Platz greifen solle, „wenn Staatsanwalt und Amtsrichter vollständig übereinstimmten." Allein, da dort nur die Strafhöhe und die Strafart den Gegenstand der Debatte bildeten, darf aus jenen Worten nicht gefolgert werden, daß nach der Absicht des Entwurfs, um die Erlassung eines Strafbefehls zu ermöglichen, in allen Beziehungen

Uebereinstimmung zwischen dem Amtsanwalt und dem Amtsrichter erforderlich sei.

Die Ansicht **Keller's** und **Löwe's** wird jedoch für die richtigere zu erachten sein.

Daß die Worte des Schlußsatzes des Abs. 2: Die Sache sei zur Hauptverhandlung zu bringen, „wenn der Amtsrichter eine andere als die beantragte Strafe festsetzen wolle, und die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrage beharre", die Auslegung zulassen, welche **Thilo** und Gen. ihnen geben, wird anzuerkennen sein. Sie sprechen nur von der beantragten Strafe, und es ist zuzugeben, daß, wenn der Amtsrichter dieselbe Strafart und dasselbe Strafmaß, wie der Amtsanwalt beantragt, in dem Strafbefehl festsetzt, die Voraussetzung, unter welcher der Schlußsatz des Abs. 2 die Erlassung des Strafbefehls untersagt, nach dem Wortsinne nicht zutrifft.

Dies ist jedoch hier nicht entscheidend. Denn der Abs. 2 enthält erschöpfende Vorschriften so wenig darüber, welcher Art die zur Ablehnung des Antrages auf Erlassung des Strafbefehls geeigneten „Bedenken" sein dürfen, noch über die Gründe, welche den Amtsrichter zur Zurückweisung des Strafantrages überhaupt bestimmen können. Es darf mithin aus der Bestimmung: daß bei mangelnder Einigung des Amtsrichters und des Amtsanwalts über Art und Maß der Strafe die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen sei, nicht gefolgert werden, daß der Amtsrichter zu anderen wesentlichen Abweichungen von der in dem Antrage des Amtsanwalts enthaltenen Anklage und der Art ihrer Begründung berechtigt sei. Aus demselben Grunde ist kein Gewicht darauf zu legen, daß die Mot. S. 241 Abs. 3 als eine der Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Strafbefehls anführen: „Daß der Amtsrichter nicht Bedenken trägt, die Strafe ohne vorgängige Verhandlung festzusetzen, und daß er die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe für angemessen erachtet.

Es wird daher die Entscheidung über die Kontroverse davon abhängen, in wie weit nach der rechtlichen Natur des „amtsrichterlichen Strafbefehls" dem Amtsrichter eine Abweichung von der in dem Antrage des Amtsanwalts enthaltenen Begründung der Anklage zu gestatten ist.

Handelt es sich bei der Wahl eines anderen Strafgesetzes als des

vom Amtsanwalt bezeichneten lediglich um Behebung eines auf die Qualifizirung der That einflußlosen Irrthums oder Mißgriffs bei der Allegirung des Strafgesetzes in dem Antrage des Amtsanwalts — z. B. Hinweisung auf ein älteres aufgehobenes, anstatt des neueren in der einschlagenden Beziehung mit jenem im Wesentlichen übereinstimmenden Gesetzes — so würde der Amtsrichter bei der sachlich unerheblichen Abänderung Zustimmung des Amtsanwalts voraussetzen dürfen. Wird aber durch die Bezugnahme auf eine andere gesetzliche Vorschrift entweder das Delikt als ein anderartiges charakterisirt, oder auch nur eine andere Species desselben Genus von Strafthaten bezeichnet, so beschuldigt der Strafbefehl den Angeklagten nicht des von dem Amtsanwalt seiner Anklage zum Grunde gelegten, sondern eines anderen Delikts. Beispielsweise würde, von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, der Amtsrichter aus den vom Amtsanwalt vorgetragenen Thatsachen, in welchen dieser nur die Uebertretung des § 368 Nr. 10 StGB. erkennt, das Vergehen des § 292 herleiten dürfen, sofern er nur die von dem Ersteren beantragte Geldstrafe nicht überschritte. Daß eine derartige Umänderung des wesentlichen Inhalts der Anklage der Absicht des Gesetzes nicht entspricht, wird daraus zu folgern sein, daß dasselbe selbst die geringste Abweichung von der, einen ungleich unwesentlicheren Theil des Antrages des Amtsanwalts bildenden Höhe des Strafmaßes verbietet.

Es wird sich hiergegen auch nicht einwenden lassen, daß im gewöhnlichen Verfahren das Gericht nach den §§ 201. 204. 263. 264 bei der Eröffnung des Hauptverfahrens, bzhw. bei der Urtheilsfällung, die That des Angeklagten anders, als in der Anklage geschehen, rechtlich qualificiren dürfe. Denn zwischen diesem Verfahren und der Erlassung eines Strafbefehls besteht der wesentliche Unterschied, daß dem Staatsanwalt in der Hauptverhandlung Gelegenheit gegeben ist, seiner Ansicht von der rechtlichen Natur der Strafthat — event. durch Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urtheil — zu vertheidigen und so seiner Verpflichtung, eine sachgemäße Entscheidung im Interesse auch des Angeklagten herbeizuführen, nachzukommen — wogegen der Amtsanwalt, wenn der Angeklagte gegen den Strafbefehl nicht rechtzeitig Einspruch erhebt, nach § 450 die nach seiner Meinung ungerechte Strafe nicht mehr von demselben abzuwenden vermag. —

Hieran schließt sich eine Kontroverse über die nur von **Mewes**, **Thilo** und **Puchelt** ins Auge gefaßte Frage, ob auch im Falle der Verhaftung des Beschuldigten der Einspruch innerhalb der im

§ 449

bezeichneten Frist von einer Woche bei demjenigen Amtsgericht, welches den Strafbefehl erlassen hat, eingegangen sein müsse, oder ob die Vorschriften der Abs. 1 u. 2 § 341 StPO. auf einen solchen Fall analoge Anwendung finden.

Thilo nimmt S. 496. 3 letzteres an: „Befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuße, so darf ihm durch seine Verhaftung der Genuß der vollen Frist nicht verkümmert werden; es wird daher, obwohl der Einspruch kein ordentliches Rechtsmittel ist, § 341 analoge Anwendung finden müssen.“ Unter Bezugnahme hierauf bemerkt auch

Puchelt S. 759. 6: „Die analoge Anwendung des § 341 erscheint als gerechtfertigt.“

Im Einklange hiermit sagt er zu § 45: Die Vorschrift des § 341 spreche zwar nur von Rechtsmitteln, müsse aber — namentlich zu Gunsten des Beschuldigten — auf die Restitutionsbitten analog ausgedehnt werden. S. 110. 3. — Aehnlich

von Schwarze. S. 13 der „Erörterungen“ bemerkt er:

„Diese Bestimmungen (des § 449) leiden auch auf den verhafteten Angeklagten Anwendung. Es ist angemessen, hier die Vorschrift des § 341 analog zur Anwendung zu bringen.“ Entgegengesetzter Ansicht ist

Mewes. S. 398. 1 letzter Abs. in **von Holtzendorff's** Strafprozeßrecht B. II führt er aus:

„Der Einspruch ist bei dem Amtsgericht anzubringen, von welchem der Strafbefehl ausgegangen. § 449. Nur dadurch, daß er innerhalb der gesetzlichen Frist bei diesem eingeht, wird die Frist gewahrt. Hat der Beschuldigte ihn an ein anderes Gericht, oder an eine andere Behörde, z. B. die Staatsanwaltschaft, gerichtet, so ist die Frist versäumt, wenn er nicht noch innerhalb des Fatale von dieser Behörde an das zuständige

Amtsgericht abgegeben wird. Die Ausnahme des § 341 findet nur insoweit Anwendung, als sie demjenigen Beschuldigten zu Gute kommt, der wegen der in dem Strafbefehl gedachten Handlung verhaftet ist. Sie darf nicht auf alle sich in der Untersuchungshaft befindlichen Personen ausgedehnt werden, weil dieselben Anspruch auf ein beneficium zu erheben nicht berechtigt sind, das für sie nicht gegeben ist. Bei der Vorschrift, daß der Einspruch nur bei dem betreffenden Amtsgericht erhoben werden kann, ist der Gesetzgeber von dem Gedanken ausgegangen, es solle der Beschuldigte darüber nicht in Zweifel gelassen werden, an welche bestimmte Behörde er sich zur Wahrnehmung seiner Rechte zu wenden habe. Die Möglichkeit einer leicht zu seinem Nachtheil ausschlagenden Wahl zwischen mehreren Behörden soll ihm entzogen werden. Eben diesem Gedanken hat der Gesetzgeber auch bei dem Verfahren der polizeilichen Strafverfügung und dem administrativen Strafverfahren Ausdruck gegeben."

Im Anschluß hieran bemerkt er in einer Note:

„Anderer Meinung ist **Thilo** S. 496. Er begründet seine Ansicht durch die Bemerkung, daß dem Beschuldigten durch seine Verhaftung der Genuß der vollen Frist nicht verkümmert werden dürfe. Er scheint jedoch zu übersehen, daß durch den § 341 der Verhaftete besser gestellt wird, wie der auf freiem Fuße Befindliche. Seine ausdehnende Erklärung enthält somit gleichsam eine Belohnung oder Entschädigung für die Verhaftung."

Die Verhandlungen der Just.Komm. berühren die vorliegende Frage so wenig bei der Besprechung des § 449 (Entw. § 377) als des § 341 (Entw. § 287) Prot. S. 695. 1062. 529. 1004. Dasselbe gilt vom Reichstage. Sten. Ber. S. 559. 560. 987. 990. Daß, wenn es sich de lege ferenda handelte, eine der Vorschrift des § 341 ähnliche — vielleicht beschränktere — Bestimmung auch in Bezug auf den § 449 zu empfehlen sein würde, kann zugegeben werden. Nach Lage der Gesetzgebung dürfte aber die Ansicht von **Mewes** für die richtigere zu erachten sein — wenngleich sich die Zulänglichkeit seiner für dieselbe geltend gemachten Gründe bezweifeln läßt.

Sein Satz: „Die Vorschrift des § 341 dürfe nicht auf alle sich in

der Untersuchungshaft befindlichen Personen ausgedehnt werden, weil dieselben Anspruch auf ein beneficium zu erheben nicht berechtigt seien, welches für sie nicht gegeben sei", erledigt die Streitfrage nicht. Thilo will den § 341, obgleich er nach seiner Stellung nur für Rechtsmittel gegeben sei, zur Wahrung des Interesse des Beschuldigten, auf den Einspruch analog angewendet wissen. Es kam daher auf den Nachweis an, daß und aus welchen Gründen eine solche analoge Anwendung unzulässig sei.

Das fernere Argument: „Der Gesetzgeber habe den Beschuldigten nicht in Zweifel darüber lassen wollen, an welche bestimmte Behörde er sich zur Wahrnehmung seiner Rechte zu wenden habe", erscheint gleichfalls bedenklich. Auch der § 453 Abs. 3 und der § 459 Abs. 2 lassen den Beschuldigten bei dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung die Wahl zwischen zwei verschiedenen Behörden, und dasselbe gilt bezüglich des nicht auf freiem Fuß befindlichen nach § 341 für die Anbringung von Rechtsmitteln. Würde daher dieser letztere § auf den hier in Rede stehenden § 449 angewendet, so wäre für den Beschuldigten die Gefahr eines Mißgriffs bei der für die Anbringung des Einspruchs zu treffenden Wahl des Gerichts nicht größer, als für die Beschuldigten in den Fällen der §§ 453. 459.

In den Mot. ist S. 245 zur Rechtfertigung der vorerwähnten Vorschrift des § 459 (Entw. § 387), nach welcher gegen einen Strafbescheid der Verwaltungsbehörde der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur bei zwei näher bezeichneten Verwaltungsbehörden — nicht bei Gerichten — angebracht werden darf, bemerkt: „Die Anbringung bei dem Richter ist deshalb nicht zugelassen, weil erfahrungsmäßig die Beschuldigten in den hier in Rede stehenden Sachen oft darüber in Zweifel sind, welches Gericht das zuständige ist, und sie in Folge dessen den Antrag vielfach bei unzuständigen Gerichten anbringen." Allein abgesehen davon, daß dort nur von Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden, nicht aber von amtsrichterlichen Strafbefehlen die Rede ist, so könnte auch in dem verhafteten Beschuldigten, wenn der § 341 auf Fälle des § 449 Anwendung fände, ein Zweifel darüber, bei welchem Amtsgericht er den Einspruch anzubringen habe, nicht entstehen, da die beiden Amtsgerichte, unter denen er zu wählen hätte, im Abs. 1 des § 341 in bestimmter Weise bezeichnet sind.

Endlich macht **Mewes** auch wohl mit Unrecht **Thilo** den Vorwurf, übersehen zu haben, daß durch den § 341 der Verhaftete besser gestellt werde, wie der auf freiem Fuße Befindliche, die ausdehnende Erklärung desselben mithin gleichsam eine Belohnung oder Entschädigung für die Verhaftung enthalte. Der § 341 bevorzugt den Verhafteten nicht vor dem auf freiem Fuße Befindlichen; er ist vielmehr nur bestrebt, die Erschwerungen, die für denselben in Folge der Freiheitsentziehung in Bezug auf die Wahrnehmung seiner Rechte bei Behörden eintreten, möglichst auszugleichen und ihn vor den Nachtheilen zu schützen, denen er ohne die Vorschriften des § 341 leicht ausgesetzt sein könnte.

Werden aber auch diese Bedenken gegen die Ausführungen von **Mewes** für begründet erachtet, so wird — wie bereits bemerkt — seinem Votum gleichwohl beizutreten, eine Ausdehnung der Bestimmungen des § 341 auf den § 449 im Falle der Verhaftung des Beschuldigten also für zulässig nicht zu erachten sein.

Zunächst ist gegen **Thilo's** und **Puchelt's** Ansicht geltend zu machen, daß, wenn das Gesetz nicht für Fälle des § 449 eine solche Fürsorge für den verhafteten Beschuldigten, wie die in dem § 341 angeordnete für entbehrlich erachtet hätte, es im Hinblick auf diesen letzteren § für einen Mangel an Sorgfalt bei der Redaktion des Abs. 1 des § 449 gelten müßte, daß darin die dem Beschuldigten zu stellende Verwarnung, ohne zwischen dem verhafteten und dem sich auf freiem Fuße befindenden zu unterscheiden, so gefaßt hat, daß es auch auf den ersteren anzuwenden ist. Es müßte dies um so mehr auffallen, als die hier vorliegende den § 449 betreffende Streitfrage in ähnlicher Weise auch bei den §§ 453. 459 und dem § 45 entgegentritt, jener Vorwurf mithin das Gesetz in gleicher Weise in Bezug auf vier, verschiedenen Materien angehörige §§ treffen würde.

Wollte man aber auch davon ausgehen, daß bei der Berathung des § 449 so wenig in den mit der Bearbeitung des Entwurfs zur StPO. betrauten Kommissionen, als demnächst in der Just.Komm. die Frage, ob auch dort eine Vorschrift, wie die des § 341 geboten erscheine, ins Auge gefaßt sei, so würde sich dennoch eine analoge Anwendung der letzteren auf Fälle des § 449 nicht rechtfertigen lassen. Denn der § 341 enthält durchaus singuläre Ausnahme-Vorschriften — wie sie auch von **Löwe** S. 735. 4 Abs. 2 und S. 293. 5

in fine, von Puchelt S. 532. 2 Abs. 3 und von **von Bomhard** S. 250 ausdrücklich bezeichnet werden. Solche dürfen aber nach allgemein anerkannten Grundsätzen der Gesetzauslegung nicht über die Fälle hinaus, für welche sie nach ihrem Inhalt gegeben sind, mittelst analoger Anwendung ausgedehnt werden.

Hier würde eine Abweichung von dieser Regel um so weniger zulässig sein, als das Gesetz zu solchen auf die Abwendung von Nachtheilen von dem verhafteten Angeklagten abzielenden Bestimmungen, wie sie der § 341 enthält, unverkennbar in Bezug auf Rechtsmittel dringendere Veranlassung hatte, als bei dem Einspruch gegen amtsrichterliche Strafbefehle, par ratio mithin hinsichtlich jener und dieser nicht vorhanden war. Denn, während die Versäumung der Einspruchfrist nach § 447 nur — in der Regel geringe — Vermögenseinbuße und Freiheitsentziehung zur Folge hat, kann sich für den Angeklagten an die Präklusion mit den Rechtsmitteln der Berufung, und noch mehr der Revision, der Verlust der höchsten Lebensgüter knüpfen. Hiernach würde die Vorschrift des § 341 auf Fälle des § 449 nur dann anwendbar erscheinen, wenn sich der „Einspruch" unter den Begriff „Rechtsmittel" bringen ließe, worauf **Thilo** durch die Bemerkung: derselbe sei kein ordentliches Rechtsmittel, hinzudeuten scheint. Allein nach der Terminologie der StPO. gehört der Einspruch — wie auch **Löwe** S. 730. 1 anerkennt — nicht zu den Rechtsmitteln; sie bezeichnet als solche nur die Beschwerde, die Berufung und die Revision. Es ergiebt sich dies insbesondere auch daraus, daß selbst die Vorschriften über die „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens" nicht in das 3. Buch der StPO. aufgenommen, vielmehr im 4. Buche enthalten sind.

Endlich hat auch das Gesetz durch die besondere Vorschrift des § 405, wonach die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel auch bei dem Antrage auf die vorgedachte Wiederaufnahme des Verfahrens Anwendung finden sollen, zu erkennen gegeben, daß, Mangels einer derartigen, ausdrücklichen Bestimmung, die §§ 338—345 auf andere, den Rechtsmitteln nur verwandte Rechtsbehelfe nicht angewendet werden dürfen.

Hiernach wird dem Beschuldigten, welcher an der rechtzeitigen Anbringung des Einspruchs gegen einen amtsrichterlichen Strafbefehl er-

weislich durch seine Verhaftung verhindert worden ist, nur im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44. 45) Schutz gegen den Verlust desselben gewährt werden können.

Wird diesen Ausführungen beigetreten, so kann auch **Mewes'** Bemerkung: „Die Ausnahme des § 341 finde auf den § 449 insoweit Anwendung, als sie demjenigen Beschuldigten zu Gute komme, der wegen der in dem Strafbefehl gedachten Handlung verhaftet sei", nicht für richtig gelten. Bezieht sich der § 341 überhaupt — abgesehen von der Vorschrift des § 405 — nur auf Rechtsmittel, so folgt daraus, daß er auf Fälle des § 449 überhaupt keine Anwendung erleidet, gleichviel welche strafbare Handlung oder welche sonstigen Verhältnisse die Veranlassung, ihm die Freiheit zu entziehen, gegeben haben. Auch in dem von **Mewes** vorausgesetzten Falle kann den Beschuldigten, wenn er z. B. nach Empfang des Strafbefehls flüchtig geworden, und in Folge dessen auf Requisition des zuständigen Amtsgerichts an einem anderen Orte verhaftet worden ist (§ 113 StPO.), nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Verlust des Einspruchs schützen, falls dieser in Folge jener Haft nicht rechtzeitig bei dem Amtsgericht eingegangen ist.

Der § 452

giebt in mehrfacher Beziehung zu Zweifeln und Bedenken Anlaß; doch stellen die Kommentare mit voller Bestimmtheit eine Kontroverse nur hinsichtlich der Frage heraus:

ob das Schöffengericht beim Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung nach Maßgabe des § 270 Abs. 1 StPO. zu verfahren habe, wenn es der Ansicht ist, daß die den Gegenstand des Strafbefehls bildende That seine Zuständigkeit überschreitet.

Dieselbe wird verneint von

Thilo. Er sagt S. 500. 1 im Anschluß an die Bemerkung, daß das Schöffengericht, auch wenn es die That des Beschuldigten nicht für strafbar erachte, nicht auf dessen Freisprechung erkennen dürfe:

„Ebenso kann es auch nicht für zulässig angesehen werden, daß auf Grund seiner rechtlichen Prüfung das Schöffengericht nach Analogie des § 270 sich durch Beschluß für unzuständig

erkläre, weil eben beim Ausbleiben eine rechtliche Beurtheilung nicht eintreten darf, ein Urtheil ergehen muß und durch Einlegung von Rechtsmitteln Seitens der Staatsanwaltschaft geholfen werden kann." — Entgegengesetzter Ansicht ist

Voitus S. 451. 3. Er führt aus: „Das im § 270 vorgeschriebene Verfahren wird, gleichviel, ob der Angeklagte, bzhw. sein Vertreter, in der Hauptverhandlung erscheint oder nicht, auch hier analog einzutreten haben, wenn sich das Schöffengericht überzeugt, daß der Strafbefehl nach § 447 Abs. 1 nicht hätte erlassen werden sollen, weil die den Gegenstand desselben bildende strafbare Handlung die Zuständigkeit des Schöffengerichts überschreite. Daß eine Verhandlung nicht stattgefunden hat, dürfte dem nicht entgegenstehen.

Die Kontroverse steht in enger Verbindung mit der für die Praxis ungleich wichtigeren Frage:

ob das Schöffengericht beim Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung den Einspruch desselben auch dann durch Urtheil verwerfen müsse, wenn es den amtsrichterlichen Strafbefehl aus Rechtsgründen (z. B. weil der gesetzlich erforderliche Strafantrag fehle) für ungerechtfertigt erachtet, oder ob es in einem solchen Falle den Strafbefehl aufzuheben habe.

Es empfiehlt sich deshalb, diese Frage vorweg in Erwägung zu nehmen, da, wenn sie nach der letzteren Alternative beantwortet wird, die Konsequenz dahin führt, auch die oben bezeichnete Kontroverse gegen die Ansicht von **Thilo** zu entscheiden.

In Bezug auf jene Vorfrage tritt eine Meinungsverschiedenheit unter den Kommentatoren nicht hervor; sie gehen — wenn auch unter Geltendmachung von Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Vorschrift — davon aus, daß die Worte des Abs. 1 des § in Verbindung mit den Mot. für die erste Alternative sprechen, im Falle des Ausbleibens des Angeklagten also die Sache so anzusehen sei, als sei der Einspruch zurückgenommen (**Löwe** S. 880. 1. **Mewes** a. a. O. S. 405. 4. **Puchelt** 764. 4. **Thilo** S. 500. 1. **Voitus** S. 451 oben. **von Schwarze** S. 16 der „Erörterungen"). Daß die unklare Redaktion des Abs. 1 eine solche Auslegung der Vorschrift desselben zuläßt, ist zuzugeben. Die gegen dieselbe geltend zu machenden Bedenken und die mit ihrer

Durchführung in der Praxis verknüpften Nachtheile dürften jedoch zu der entgegengesetzten Ansicht führen.

In den Kommentaren ist, wie erwähnt, zur Unterstützung jener Auslegung mehrseitig auf die Mot. hingewiesen. Insbesondere sagt **Thilo** S. 500. 1: „Dem Richter steht eine Prüfung über die Begründetheit des erlassenen Strafbefehls, sei es in rechtlicher oder thatsächlicher Hinsicht, nach der positiven Vorschrift des Abs. 1 und nach dem deutlichen Wortlaute der Motive nicht zu." Das den letzteren hier beigelegte Gewicht ist ihnen jedoch nicht einzuräumen.

Zunächst erwähnen dieselben der Unzulässigkeit einer Prüfung des Strafbefehls in rechtlicher Beziehung — worauf allein es hier ankommt — überhaupt nicht. Es heißt dort S. 242 wörtlich:

> „Hat der Angeklagte den Einspruch erhoben, also auf rechtliches Gehör angetragen, so darf von ihm verlangt werden, daß er sich auch wirklich vor dem Gerichte vertheidige. Unterläßt er dies, indem er in der Verhandlung weder selbst erscheint, noch sich vertreten läßt, so greift die Annahme Platz, daß er den Einspruch nur deshalb erhoben habe, um die Strafvollstreckung aufzuschieben. Es rechtfertigt sich hieraus die Bestimmung, daß im Fall des Ausbleibens des Angeklagten eine Beweisaufnahme und eine Entscheidung in der Sache selbst nicht stattfinden, das Urtheil vielmehr lediglich die Verwerfung des Einspruchs aussprechen soll."

Es wird aber auch kaum eines näheren Nachweises bedürfen, daß das dort für die Vorschrift des Abs. 1 allein geltend gemachte Argument: von einem in der Hauptverhandlung weder selbst erschienenen noch vertretenen Angeklagten sei anzunehmen, daß er den Einspruch nur zum Zwecke der Aufschiebung der Strafvollstreckung erhoben habe, mindestens in dieser Allgemeinheit, unberechtigt ist und in vielen Fällen mit den vorwaltenden Umständen im offenbaren Widerspruche steht.

Hat z. B. der Angeklagte in seiner Einspruchschrift, unter ausdrücklicher Einräumung des Thatsächlichen, die Aufhebung des vom Amtsrichter allein erlassenen Strafbefehls durch das Schöffengericht aus dem Grunde beantragt, weil der Strafantrag fehle (§ 292 G. v. 26. Febr. 1876), so liegt wohl die Vermuthung, der Angeklagte habe erwartet, es werde auch bei seinem Ausbleiben der Strafbefehl auf

Grund seines durch den Inhalt desselben, event. der Akten, gerechtfertigten Rechtseinwandes, der Aufgabe des Richters, materielles Recht zu schaffen, entsprechend, aufgehoben werden, näher, als die Annahme, derselbe habe durch den Einspruch nur Verzögerung der Strafvollstreckung bezweckt. Noch evidenter tritt die Unhaltbarkeit jener Annahme der Mot. bei Berücksichtigung der Vertretungs-Befugniß des Angeklagten entgegen. Hat derselbe vor dem Beginn der Hauptverhandlung eine auf einen Rechtsanwalt ausgestellte Vollmacht eingereicht und in dem von Letzterem mitvollzogenen Begleitschreiben angezeigt, daß dieser ihn vertreten und auf Grund des vorerwähnten Rechtseinwandes seine Freisprechung beantragen werde, so wird das Gericht beim Ausbleiben des Rechtsanwalts, weit entfernt von der ihm durch die Mot. an die Hand gegebenen Vermuthung, für wahrscheinlich halten, daß der Vertreter entweder durch einen Zufall am Erscheinen verhindert, oder der Termin durch Unachtsamkeit von ihm verabsäumt worden sei. Es ist auch der Sinn der in den Mot. gewählten — im Gesetz verbesserten — Worte: „noch sich vertreten läßt", undeutlich. Denn, hat der Angeklagte einen durch sein Amt in Folge des angenommenen Auftrages zum Erscheinen in der Hauptverhandlung verpflichteten Vertheidiger bestellt, so sind die Worte der Mot.: „er habe sich nicht vertreten lassen", ungeeignet; er hat seinerseits Alles zu seiner Vertretung gethan, ist aber dennoch nicht vertreten worden.

Es ist aber ferner geltend zu machen, daß die von **Thilo** in Bezug genommene oben angeführte Stelle der Mot. gerade in Betreff der hier zu entscheidenden Frage sehr wesentlich von dem Gesetzes-Texte abweicht. In ersteren heißt es: Im Falle des Ausbleibens des Angeklagten solle „eine Beweisaufnahme und eine Entscheidung in der Sache selbst nicht stattfinden, das Urtheil vielmehr lediglich die Verwerfung des Einspruchs aussprechen. Ständen solche, die Entscheidung selbst verbietende Worte im Gesetz, so könnte dies nöthigen, auch die Beurtheilung der Rechtseinwendungen des Einspruchs für ausgeschlossen zu erachten. Sie fehlen aber im Abs. 1 des § 452. Es heißt dort nur: so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urtheil verworfen.

Mit Rücksicht auf diese Ausstellungen, zu denen die Mot. Anlaß

geben, ist es geboten, die Entscheidung der in Rede stehenden Frage aus dem Gesetzestexte selbst herzunehmen.

Hier erscheinen nun die vorstehend hervorgehobenen Worte: „ohne Beweisaufnahme" für die Auslegung der Vorschrift von besonderer Bedeutung. Denn dieselben würden, von der Ansicht ausgegangen, daß das Gericht den Einspruch, selbst wenn es dessen Rechtseinwände für begründet erachte, verwerfen müsse, nicht bloß völlig müssig stehen, sondern auch insofern für inkorrekt gelten müssen, als das bloße Verbot der Beweisaufnahme e contrario zu der Auffassung — wenn nicht nöthigt, so doch jedenfalls — berechtigt, daß zwar das dem Strafbefehl zu Grunde liegende Sachverhältniß in Folge des Ausbleibens des Angeklagten für feststehend solle erachtet werden, die Prüfung der rechtlichen Einwendungen des letzteren aber stattzufinden habe. Von der Ansicht der Kommentare ausgegangen, forscht man vergebens nach einem Grunde, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, anstatt einfach zu sagen: „so wird der Einspruch verworfen" einzuschalten: „ohne Beweisaufnahme." Es ist auch nicht anzunehmen, daß, wenn in der That beabsichtigt worden wäre, das Gericht auch bei zweifelloser Hinfälligkeit des Strafbefehls de jure zur Verwerfung des Einspruchs zu nöthigen, das Zweckwidrige der Worte „ohne Beweisaufnahme" bei den Berathungen des § weder in der Just.Komm. noch im Reichstage (Sten. Ber. S. 560. 991) ins Auge gefaßt sein sollte.

Schon diese Erwägungen führen darauf hin, daß die Worte: „so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urtheil verworfen", nur auf das Factum, nicht aber auf die Prüfung des Strafbefehls de jure zu beziehen seien.

Für die Richtigkeit dieser Auslegung der Vorschrift des Abs. 1 spricht aber auch die Fassung des — das Verfahren des Gerichts in dem analogen Falle des Ausbleibens des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz regelnden — § 370 Abs. 1 StPO. Dort, wie hier, kann der Angeklagte Rechtsgründe, wie Thatsächliches, zur Unterstützung seiner Anträge beibringen. Gleichwohl heißt es in diesem § nicht: „ohne Beweisaufnahme", sondern — ganz allgemein — „so ist die Berufung sofort zu verwerfen." Man müßte daher, um zu der hier bekämpften Ansicht zu gelangen, wiederum

voraussetzen, daß der wesentliche Unterschied zwischen der Fassung des § 452 und der des § 370 bei der Redaktion der StPO. gänzlich übersehen worden sei.

Es ist ferner bei der Auslegung des Abs. 1 ins Auge zu fassen, daß es in dem in den Mot. in Bezug genommenen — weiter unten zu besprechenden — Art. 126 des Preuß. Ges. vom 3. Mai 1852 hieß: „Erscheint der Beschuldigte in dem zur Hauptverhandlung angesetzten Termine nicht, so wird der Einspruch verworfen, ohne daß eine weitere Verhandlung stattfindet", mithin die Annahme nahe liegt, daß im § 380 des Entw. zur StPO. (§ 452 StPO.) die spezielleren, direkt auf das Thatsächliche hindeutenden Worte: „ohne Beweisaufnahme" gewählt worden sind, um der Annahme vorzubeugen, als sei der Einspruch auch dann zu verwerfen, wenn sich das Schöffengericht von der Unbegründetheit des Strafbefehls aus Rechtsgründen überzeuge.

Auf die Nachtheile, welche, von der in den Kommentaren befürworteten Auslegung des § 452 ausgegangen, den Angeklagten, so unverschuldet als irreparabel, treffen können, ist bereits oben hingedeutet. Zunächst verschuldet dieselben der Abs. 2 des §, nach welchem der Angeklagte gegen das in Folge seines, bzhw. seines Vertheidigers, Ausbleibens in der Hauptverhandlung ergangene Urtheil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht soll beanspruchen können, wenn er eine solche bereits gegen den Ablauf der Einspruchsfrist erlangt hat. Der Entw. enthielt in seinem § 41 eine allgemeine Bestimmung, wonach gegen die Versäumung der Frist für die Anbringung des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine Wiedereinsetzung nicht stattfinden solle. Dieselbe wurde bei der Berathung in der Just.Komm. (Prot. S. 38) in Fortfall gebracht. Auch bei der Besprechung des hier in Rede stehenden § 380 des Entw. wurde ein ähnlicher Antrag gestellt (Prot. S. 697), jedoch abgelehnt, nachdem der Vertreter der Regierungen bemerkt hatte: „Bei den vorliegenden kleinen leichten Sachen sei kein Anlaß für ein Verfahren, wie es bei Vergehen und Verbrechen nothwendig sei." Allein abgesehen davon, daß — wie schon bemerkt — die Gegenstände der nach dem § 447 Abs. 2 zulässigen Einziehung in Fällen der §§ 292. 295 und des § 367 Nr. 7 von sehr bedeutendem Werthe sein können, führt die Bestimmung des Abs. 2 des § 452 zu offenbaren Unge-

rechtigkeiten. Ist der Angeklagte gegen die Versäumung der im § 449 bestimmten Einspruchsfrist, weil ihm der Strafbefehl nicht vorschriftsmäßig behändigt worden, restituirt, sein von ihm bevollmächtigter Vertheidiger bleibt aber in der Hauptverhandlung in Folge eines ihn auf der Reise nach dem Gerichtssitze betroffenen Unfalls aus, so eröffnet sich ihm kein Weg zur Wiederaufhebung des Urtheils, durch welches das Schöffengericht seinen Einspruch — obgleich dessen Rechtseinwände als begründet anerkennend — verworfen hat.

Auch die nach § 354, Mangels einer entgegenstehenden Vorschrift im § 452, zulässige Berufung würde ihm keine Hülfe gewähren. Denn, entsprach — wie die Kommentare annehmen — die Verwerfung des Einspruchs beim Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Vorschrift des § 452 Abs. 1, so könnte die Berufung in keiner anderen Weise, als durch die Behauptung begründet werden, daß er oder sein Vertreter rechtzeitig erschienen sei, die Hauptverhandlung aber zu früh begonnen habe, oder der Aufruf der ihn betreffenden Untersuchung in atrio fori unterblieben sei — Fälle die wohl kaum einmal vorkommen werden.

Allerdings treten die vorstehend hervorgehobenen durch den Abs. 2 herbeigeführten Uebelstände in Bezug auf das dem Strafbefehle zum Grunde liegende Thatsächliche auch dann ein, wenn die Vorschrift des Abs. 1, der hier vertheidigten Ansicht entsprechend, auf das Factum, nicht aber auf die gegen den Strafbefehl erhobenen Rechtseinwände bezogen wird. Es ist aber ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Falle, wo das Schöffengericht in Folge des Ausbleibens des Angeklagten an dessen Vernehmung gehindert wird, und demjenigen, wo dasselbe sich auch bei dessen Abwesenheit — gleichviel ob von Amtswegen, oder in Folge Einwandes — überzeugt, daß der Strafbefehl als gegen Gesetze oder Rechtsgrundsätze verstoßend, von Hause aus nicht hätte erlassen werden sollen.

Eine Unterstützung der vorstehenden Ausführungen dürfte auch aus der in **Goltdammer's** Archiv Bd. 6 S. 683 abgedruckten Entscheidung des Preuß. OTrib. vom 2. Juli 1858 herzunehmen sein. In derselben ist der bereits erwähnte Art. 126 des Preuß. Ges. vom 3. Mai 1852 — im Betreff dessen die Mot. zur StPO. S. 242 bemerken: es sei darin das Verfahren in gleicher Weise, wie im § 380

des Entw. zur StPO. geregelt — übereinstimmend mit der diesem letzteren § in dieser Abhandlung gegebenen Auslegung interpretirt. Jener, das Verfahren bei der Untersuchung der zur Zuständigkeit des Einzelrichters (Polizeirichters) gehörenden Uebertretungen und anderen strafbaren Handlungen betreffende Art. 126 lautete:

„Erscheint der Beschuldigte" (welcher gegen die Strafverfügung des Polizeirichters Einspruch erhoben hat) „in dem zur Hauptverhandlung anberaumten Termin nicht, so wird der Einspruch durch Urtheil verworfen, ohne daß eine weitere Verhandlung stattfindet."

In dem dem Obertribunals-Bescheide zum Grunde liegenden Falle war der Einspruch des Angeklagten in Folge seines Ausbleibens im Audienztermin vom Polizeirichter verworfen, und der von demselben hiergegen eingelegte Rekurs vom Appell.Richter als unzulässig zurückgewiesen worden, weil gegen ein solches polizeirichterliches Urtheil ein weiteres Verfahren (Anrufung eines höheren Richters) nicht stattfinde. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Obertribunal diese Entscheidung aufgehoben und, bei Widerlegung des Arguments des Appellationsrichters, ausgeführt:

Daraus, daß in der Sache erkannt werden solle, ergebe sich, daß auch der erkennende Richter nicht an das frühere Mandat unbedingt gebunden sei, sondern daß er das wegen des Ausbleibens des Angeklagten in contumaciam feststehende Sachverhältniß seiner rechtlichen Beurtheilung zu unterwerfen, und also auf Freisprechung des Angekl. zu erkennen habe, wenn er finde, daß die That desselben gesetzlich nicht strafbar sei.

Auch der Rekursrichter habe das durch das fingirte Zugeständniß des Angekl. festgestellte Sachverhältniß seiner Entscheidung zum Grunde zu legen. Aber auch bei Festhaltung an demselben könne das eingelegte Rechtsmittel des Rekurses doch in Beziehung auf die Rechtsfrage seine Wirksamkeit äußern.

Thilo, der dieses Bescheides (nicht: Erkenntniß) erwähnt, bemerkt: eine solche Auslegung könne nach dem klaren Wortlaute des obigen Abs. 1 des § 452 StPO. und dessen Motivirung „nicht mehr" für begründet angesehen werden. Die angebliche Klarheit des Inhalts des Abs. 1 und der Werth der Mot. sind oben geprüft worden. Sollen

aber die Worte: „nicht mehr für begründet angesehen werden", zu erkennen geben, daß die nach der Fassung des Art. 126 des Preuß. Ges. vom 3. Mai 1852 gerechtfertigt gewesene Auslegung des Obertribunals durch den Inhalt des § 452 StPO. ausgeschlossen werde, so dürfte im Gegentheil die Redaktion des letzteren ungleich dringender als jener Artikel, dazu auffordern, die Vorschrift auf das dem Strafbefehle zum Grunde liegende Thatsächliche — im Gegensatze zur Prüfung desselben de jure — zu beschränken. Denn die Worte des Art. 126: „ohne daß eine weitere Verhandlung stattfindet", sind um Vieles allgemeiner und umfassender, als die des § 452: „ohne Beweisaufnahme" und lassen die Auffassung, als habe jede Prüfung der Strafverfügung ausgeschlossen bleiben sollen, eher zu, als die letzteren. Selbst wenn daher gegen den Obertribunals-Bescheid ein Bedenken geltend zu machen gewesen wäre, würde dasselbe gegenüber der Fassung des § 452 StPO. zurücktreten.

Hierzu kommt, daß für die StPO. ein besonderer — bei dem Preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 ausscheidender — Grund für die Berechtigung des Schöffengerichts zur Aufhebung des Strafbefehls aus Rechtsgründen darin lag, daß nach jenem Gesetz derselbe Polizeirichter, welcher die „Strafverfügung" erließ, auch allein die Hauptverhandlung abhielt, den Fall einer Aenderung seiner Rechtsansicht vorzusehen, mithin weniger Veranlassung vorlag, während nach der StPO. der Hauptverhandlung auch die mit fungirenden Schöffen den Strafbefehl des Amtsrichters gegen dessen Ansicht für rechtswidrig erklären können.

Löwe betont S. 880 die Worte des Abs. 1: „Der Einspruch wird verworfen", indem er daraus folgert, daß das Gericht nicht anders, als auf Verwerfung des Einspruchs erkennen dürfe. Er spricht sich jedoch nicht darüber aus, welchen Zweck das Gesetz, von seiner Auslegung des Abs. 1 ausgegangen, mit der Einschaltung der Worte: „ohne Beweisaufnahme" verbunden haben könnte. Wird aber diesen Worten der oben befürwortete Sinn beigelegt, so bleiben jene von **Löwe** urgirten Worte in voller Geltung: die Verwerfung des Einspruchs soll im Falle des Ausbleibens des Angeklagten nicht durch dessen Beweisantritt über die Unrichtigkeit des dem amtsrichterlichen Strafbefehl zum Grunde gelegten Thatsächlichen abgewendet werden.

Aber auch, wenn die Worte: „wird der Einspruch verworfen", mit Rücksicht auf ihre allgemeine Fassung für zweifelhaft erachtet werden, wird der hier vertheidigten Auslegung des Abs. 1 der Vorzug gebühren, da sie auf Wahrung des durch die entgegengesetzte Ansicht in bedenklicher Weise gefährdeten materiellen Rechts und zugleich des favor defensionis abzielt. Es wird hiergegen auch ein Bedenken nicht aus dem Abs. 2 des § 231 hergenommen werden können, nach welchen in Fällen der Zulässigkeit eines Kontumazialverfahrens der Angeklagte bei der Ladung hierauf hingewiesen werden soll. Denn die Nichtbefolgung dieser Vorschrift dürfte auch dort der Freisprechung des Angeklagten auf Grund der Hinfälligkeit der Anklage aus Rechtsgründen nicht entgegenstehn, da sie lediglich auf Wahrung des Interesse des Angeklagten abzielt, mithin im Falle seiner Freisprechung ihre Bedeutung verliert.

Wird diesen Ausführungen beigetreten, also anerkannt, daß das Schöffengericht den Strafbefehl in Folge Einspruchs des Angeklagten aus Rechtsgründen aufheben dürfe, so folgt — wie bereits angedeutet — von selbst, daß die oben formulirte, die Anwendbarkeit des § 270 auf das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen betreffende Kontroverse gegen die Ansicht von **Thilo** zu entscheiden ist.

Würde aber auch in den Worten des Abs. 1 des § 452: „wird der Einspruch verworfen" ein allgemeines, die Prüfung des letzteren auch de jure ausschließendes Verbot gefunden, so dürfte dennoch der Meinung beizutreten sein, daß der § 270 dem Schöffengericht nicht gestatte, das im § 452 Abs. 2 angeordnete Urtheil auch dann zu fällen, wenn es sich überzeugt, daß der Amtsrichter bei Erlassung des Strafbefehls nicht bloß die im § 447 für einen solchen gezogene Grenzen überschritten, sondern gegen die die Zuständigkeit der Schöffengerichte regelnden Vorschriften des § 27 des GVG. verstoßen habe. Denn der Prüfung seiner Zuständigkeit hat sich jedes Gericht, bevor es durch ein in der Hauptverhandlung ergehendes definitives Urtheil Recht spricht, zu unterziehen, und die Ueberzeugung von dieser Zuständigkeit ist die unerläßliche Bedingung, unter welcher es ein solches Urtheil überhaupt fällen darf.

Diesem Grundsatze entsprechend, macht auch der § 270 (vgl. die denselben betreffende Abhandlung S. 310 folg. der „Kontroversen") dem

Gericht ganz allgemein und ausnahmslos zur Pflicht, seine Unzuständigkeit durch Beschluß auszusprechen und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen, wenn „die dem Angekl. zur Last gelegte That sich als eine solche darstellt, welche seine Zuständigkeit überschreitet"; und in Uebereinstimmung hiermit bezeichnet der § 377 Nr. 4 es als eine die Revision begründende Verletzung des Gesetzes, wenn das Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe. —

In der Just.Komm. und im Reichstage sind die vorstehend besprochenen Fragen nicht Gegenstand der Berathung gewesen. In den Verhandlungen der ersteren ist bezüglich des § 380 des Entw. (§ 452 StPO.) nur der bereits erwähnte den Abs. 2 betreffende Antrag gestellt und verworfen worden, Prot. S. 697. 1062. Stenogr. Ber. S. 560. 991.

Polizeiliche Strafverfügungen §§ 453 bis 458 StPO.

Daß die in den vorstehend bezeichneten Paragraphen enthaltenen, das Verfahren nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung betreffenden Vorschriften eine Anzahl von Kontroversen hervorgerufen haben, kann nicht befremden, da der 2. Abschnitt des 4. Buchs — wie der Ministerial-Direktor **von Amsberg** sich S. 698 der Prot. der Just.Komm. aussprach — nur gewisse Normen für die Landesgesetze gegeben hat, während in dem vorangehenden die amtsrichterlichen Strafbefehle behandelnden Abschn. das Verfahren seinem ganzen Umfange nach geregelt ist. Ohne Zweifel würde es dem Interesse aller betheiligten Behörden entsprochen haben, wenn bestimmte Vorschriften mindestens überall da erlassen worden waren, wo das Verfahren der Polizeibehörde auf die Verfügungen und Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und des Amtsgerichts Einfluß ausübt. — Meinungsverschiedenheiten walten ob:

I. Ueber die Frage: ob die Polizeibehörde oder der Amtsrichter — letzterer selbstverständlich salvo jure des Schöffengerichts in der Hauptverhandlung — über die f o r m e l l e Rechtsbeständigkeit, insbesondere die Rechtzeitigkeit eines bei der e r s t e r e n angebrachten Antrages auf gerichtliche Entscheidung (§ 453 Abs. 3, § 454) zu befinden habe. Für die Zuständigkeit der Pol.Beh. stimmen

Dochow. Er sagt S. 236. III. „Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist bei der P o l i z e i b e h ö r d e schriftlich oder mündlich, bei dem A m t s g e r i c h t e schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen. Die Polizeibehörde kann den Antrag wegen Nichtbeobachtung der Frist zurückwei-

sen. Bestreitet der Beschuldigte, daß die Antragsfrist versäumt sei, so entscheidet der Amtsrichter." Ferner

Löwe S. 884. Note 3. „Wird bei der Polizeibehörde ein verspäteter Antrag angebracht, so ist dieselbe befugt, ihn durch Verfügung zurückzuweisen, ohne daß sie die Akten der Staatsanwaltschaft mitzutheilen braucht. Wenn jedoch der Beschuldigte der Zurückweisung widerspricht und die Rechtzeitigkeit des Antrags behauptet, so steht die endgiltige Entscheidung über letztere dem Richter zu; vergl. § 455." In der Note 4 fährt er fort:

„Auf die Zurückweisung eines Antrags wegen Mangels der Legitimation (zur Anbringung desselben) findet das vorstehend (Note 3) Bemerkte entsprechende Anwendung." — Die entgegengesetzte Meinung vertreten

Mewes (v. Holtzendorff a. a. O. II. 417 unten). Er bemerkt vorweg:

„Die Prüfung der Legitimation des Antragstellers, wie der Rechtzeitigkeit des Antrags steht nicht der Polizeibehörde oder dem Amtsanwalte, sondern nur dem Richter zu",

und fügt dann in der Note 17, die entgegenstehende Meinung von **Dochow** und **Löwe** erwähnend hinzu:

„Ihrer Ansicht steht entgegen, daß der Beschuldigte durch die Stellung des Antrages das Gericht mit der Sache befaßt hat, somit auch eine gerichtliche Entscheidung zu fordern berechtigt ist. Die Unhaltbarkeit der anderen Ansicht zeigt sich schon darin, daß ihre Vertreter selbst zugeben, es habe die Polizeibehörde, wenn der Beschuldigte ihre zurückweisende Verfügung als richtig nicht anerkennen wolle, die Akten an das Gericht zur Entscheidung abzugeben. Denn, war die Polizeibehörde zur Prüfung und Zurückweisung berechtigt, so ist nicht das Gericht, sondern ihre dienstvorgesetzte Behörde zur Prüfung und event. Korrektur ihrer Verfügung befugt." Desgleichen

Thilo S. 504. 4. „Eine Prüfung — sagt er — ob der Antrag rechtzeitig gestellt sei, und eine Zurückweisung wegen verspäteter Stellung desselben ist der Polizeibehörde nicht eingeräumt, vielmehr übersendet sie nach Abs. 2 unter der dortigen Voraus-

setzung die Akten jedenfalls durch Vermittelung der Staatsanwaltschaft an das Gericht."

Die Motive, die Verhandlungen der Just.Komm. und der „Bericht" der letzteren berühren die vorliegende Frage nicht.

Die von **Mewes** und **Thilo** vertheidigte Ansicht scheint die richtige zu sein.

Zunächst stehen ihr die Worte des Gesetzes im § 454 Abs. 2: „Die Pol.Beh. übersendet, falls sie nicht die Strafverfügung zurücknimmt u. s. w." zur Seite. Nach denselben ist die Pol.Beh. — in gleicher Weise, wie nach § 460 die Verwaltungsbehörde — nur in dem einen Falle von der Uebersendung der Akten an die Staatsanwaltschaft entbunden, wenn sie die Strafverfügung zurücknimmt. Gegenüber dieser Wortfassung müßte sich die Ansicht von **Dochow** und **Löwe** aus anderen Vorschriften des 6. Buches der StPO., mindestens aber durch solche Gründe rechtfertigen lassen, welche die Ueberzeugung gewährten, daß dieselbe der Absicht des Gesetzes entspreche. Weder nach der einen noch nach der anderen Richtung hin wird sie sich aber motiviren lassen.

Vorweg tritt ihr das Bedenken entgegen, daß es sich selbst bei der Rechtzeitigkeits-Frage nicht immer um ein bloßes Zählen der seit der Bekanntmachung der Strafverfügung verflossenen Tage, sondern auch um verschiedene — selbst kontroverse — Rechtsfragen handelt, beispielsweise, ob die im § 453 Abs. 3 bestimmte einwöchentliche Frist auch Platz greife, wenn Landesgesetze eine kürzere festsetzen; ferner, ob unter der „Bekanntmachung" eine, dem § 35 StPO. Abs. 2 entsprechend durch Zustellung bewirkte zu verstehen sei; ob, wenn die Bekanntmachung nicht dem Beschuldigten selbst geschehen, oder der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht von ihm, sondern von einem Vertreter angebracht worden, gleichwohl Rechtsbeständigkeit anzunehmen sei — Fragen, die dem ländlichen Polizeiverwalter der Regel nach — insbesondere, wenn er die „Bekanntmachung" selbst bewirkt hat — fern liegen, zu deren sachgemäßer Prüfung ihm auch vielleicht die erforderlichen Rechtskenntnisse fehlen.

Dies Bedenken würde zwar allerdings wesentlich an Bedeutung verlieren, wenn — wie **Dochow** und **Löwe** meinen, — im Falle eines von dem Beschuldigten gegen die polizeiliche Zurückweisungs-Verfü-

gung erhobenen Widerspruchs, die Entscheidung dem Amtsrichter zufiele. Dies ist aber, wie bereits von **Mewes** nachgewiesen, aus dem Gesetz nicht herzuleiten. Ein bei der Pol.Beh. erhobener bloßer Widerspruch — im Gegensatze zu einer Beschwerde — wird nach dem geordneten Geschäftsgange von derselben nur einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen sein; zur Uebermittelung desselben an den Amtsrichter hat sie, Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, keine Verpflichtung. Auf eine gegen die polizeiliche Verfügung angebrachte Beschwerde könnte aber doch nur die vorgesetzte Dienstbehörde entscheiden. Daß das Gesetz das Verfahren auf diese Bahn habe geleitet wissen wollen, läßt sich aber wegen der Unzweckmäßigkeit einer solchen Einrichtung nicht annehmen. Denn mißbilligte die höhere Polizeibehörde den angefochtenen Bescheid der untergebenen, wiese sie also die letztere an, die Akten nach § 454 Abs. 2 an den Amtsanwalt abzugeben, so wäre dadurch die Frage, ob der Antrag auf gerichtliche Entscheidung formgerecht und rechtzeitig angebracht sei, keinesweges erledigt, vielmehr müßte nunmehr der Amtsrichter vor Anberaumung der schöffengerichtlichen Sitzung zur Hauptverhandlung seinerseits jene Frage prüfen, und, wenn seine Ansicht von der der höheren — event. höchsten — Pol.Beh. abweicht, den Antrag unbekümmert um die von dieser im Beschwerdewege getroffene Entscheidung zurückweisen. Denn, daß es einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift bedürfte, um dem Amtsrichter in einem solchen Falle das ihm im § 456 eingeräumte Recht zur Prüfung der Rechtzeitigkeit des Antrags zu entziehen, wird sich nicht bezweifeln lassen. Somit würde in solchen Fällen die ganze Prozedur der Pol.Beh. und ihrer vorgesetzten Instanzen sich als illusorisch herausstellen.

Löwe's Hinweisung auf den § 455 scheint dem Abs. 2 dieses § gelten zu sollen, nach welchem über ein gegen die Versäumung der Antragsfrist angebrachtes Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Amtsrichter zu entscheiden hat. Zunächst erscheint aber der Schluß, daß weil hier die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsrichters ausgesprochen sei, angenommen werden dürfe, daß zur Prüfung der Rechtsbeständigkeit des Antrags auf richterliche Entscheidung auch die Pol.Beh. berechtigt sei, bei der wesentlichen Verschiedenheit der Gegenstände beider Vorschriften, be-

denklich. Dürfte man aber gleichwohl bei der Entscheidung der hier vorliegenden Kontroversfrage auf den § 455 Rücksicht nehmen, so würde dieser, wenn seine Entstehungsgeschichte berücksichtigt wird, nicht für, sondern gegen die hier bekämpfte Ansicht sprechen.

Der § 455 war in dem Entw. zur StPO. nicht enthalten. Er wurde in der Sitzung vom 22. Septbr. 1875 erster Lesung S. 699 der Prot., als § 382a beantragt und, obgleich Seitens der Regierungs-Vertretung geltend gemacht wurde, daß sein Inhalt mit Rücksicht auf den § 37 des Entw. (§ 44 StPO.) selbstverständlich sei, angenommen. Hier enthielt jedoch der Abs. 1 die Bestimmung: „Ueber das Wiederherstellungsgesuch entscheidet, wenn die Polizeibehörde demselben nicht entspricht, der Amtsrichter." Diese Worte: „wenn die u. s. w." wurden aber bei zweiter Lesung (Prot. S. 1063) auf den, von dem Reg.Vertreter Geh. Ob.Rath **Hanauer** befürworteten Antrag des Abg. **von Puttkamer** gestrichen, indem geltend gemacht wurde, daß über die Frage, ob gesetzliche Gründe zur Gewährung einer Wiedereinsetzung und die thatsächlichen Voraussetzungen der letzteren vorlägen, nicht die Pol.Beh., sondern nur der Richter zu befinden habe.

Wurden aber diese Bedenken schon in Bezug auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei welcher es sich vorzugsweise um Würdigung von Thatsächlichem handelt, zur Ausschließung der Zuständigkeit der Polizeibehörde für ausreichend erachtet, so müssen sie um so mehr hinsichtlich der durch den § 456 angeordneten Prüfung Platz greifen, da bei dieser, wie bereits erwähnt, in mehrfacher Beziehung zweifelhafte Rechtsfragen zur Entscheidung zu kommen pflegen.

Endlich ist aber auch ein gewichtigtes Bedenken gegen die Richtigkeit der Ansicht von **Dochow** und **Löwe** aus der Bestimmung des § 453 Abs. 3 herzunehmen, nach welcher der Beschuldigte die Wahl hat, ob er den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Pol.Beh. oder bei dem Amtsgericht anbringen will. Bei dieser Wahl wird für ihn entscheidend sein, ob mit Rücksicht auf die Lokalverhältnisse der erste oder der letzte Weg für ihn der bequemere ist. Von dieser Zufälligkeit würde es also, von jener Ansicht ausgegangen, abhängen, ob der der Regel nach juristischer Bildung entbehrende Polizeiverwalter oder der rechts-

kundige Amtsrichter über die formelle Rechtsbeständigkeit des Antrags zu entscheiden habe. Denn, daß der Amtsrichter verpflichtet sei, den bei dem Amtsgerichtsschreiber zu Protokoll angebrachten Antrag an die Pol.Beh. zur Prüfung der Rechtzeitigkeit abzugeben, ist weder behauptet worden, noch würde es sich aus dem Gesetz nachweisen lassen. — II. ist streitig, ob die im § 453 Abs. 3 angeordnete einwöchentliche Frist auch dann Platz greife, wenn Landesgesetze für die Anbringung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegen eine polizeiliche Strafverfügung eine andere Frist bestimmen. Die Frage wird bejaht von

Dalcke S. 270. 1 Abs. 2, indem er unter Hinweisung auf S. 698 der Prot. der Just.Komm. die auf die Frist zur Erhebung des Einspruchs (Antrag auf gerichtliche Entscheidung) bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften durch den § 453 für abgeändert erklärt. In gleicher Weise äußern sich **Keller** S. 490. 5 und **Löwe** S. 883. 5. b. Ferner sagt

von Schwarze S. 588. 8: „Binnen einer Woche." Durch diese präceptive Vorschrift sind, wie bei den Kommissionsverhandlungen, Prot. S. 698 ausdrücklich konstatirt wurde, die Landesgesetze soweit abgeändert worden, als sie für den Antrag auf die gerichtliche Entscheidung eine kürzere oder längere Frist anordnen."

Entgegengesetzter Meinung ist, soweit die Landesgesetze kürzere Fristen vorschreiben,

Mewes. Er sagt a. a. O. S. 411 unten:

„Es wird endlich die Frist zur Anrufung des Gerichts auf eine Woche festgesetzt, und ist diese Bestimmung derartig maßgebend, daß alle vom Landesrecht gegebenen längeren Fristen als aufgehoben angesehen werden müssen, kürzere dagegen, weil innerhalb der hier vorgeschriebenen liegend, in Kraft verbleiben." — Ferner bemerken

Thilo S. 503. 5: „Die Einspruchsfrist des Preuß. Gesetzes vom 14. Mai 1852, welchem die vorliegenden Bestimmungen über die polizeiliche Straffestsetzung nachgebildet sind, ist von 10 Tagen auf eine Woche herabgesetzt."

Voitus S. 453. 5: „Durch die Worte: binnen einer Woche,

werden, wie auch von der Regierungsvertretung in der Just.-Komm. (Prot. S. 699) anerkannt worden, die Landesgesetze, welche eine längere Frist gewähren, abgeändert."

Der von **Dalcke** und Gen. vertheidigten ersten Ansicht wird beizutreten sein.

Wäre auf das, was in Betreff der vorliegenden Frage aus den Verhandlungen der Just.Komm. zu entnehmen ist, entscheidendes Gewicht zu legen, so würde wohl die entgegengesetzte Meinung den Vorzug verdienen. Denn die Angabe **von Schwarze's** — es sei bei den — auch von **Dalcke** und **Keller** in Bezug genommenen — Kommissionsverhandlungen, Prot. S. 698 ausdrücklich konstatirt worden, daß die Landesgesetze bezüglich kürzerer und längerer Fristen abgeändert worden seien, stimmt mit dem Inhalte jener Protokolle nicht überein.

Die Sachlage ist in dieser Beziehung folgende: Der § 381 des Entw. zur StPO. (§ 453 StPO.) enthielt über die Befugniß des Beschuldigten zu dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung und über die Frist zur Anbringung dieses Antrages keine Bestimmung. Diesem Gegenstande war vielmehr im folgenden § 382 ein besonderer Abs. 1 gewidmet, in welchem die Frist auf „eine Woche nach der Bekanntmachung der Strafverfügung" bestimmt war. Bei der Berathung jenes § 381 in der Just.Komm. (Prot. S. 697) wurde von den Abgeordn. Dr. **Wolffson** und Dr. **Bähr** beantragt, dem Abs. 3 desselben den — demnächst S. 698 beschlossenen — Zusatz zu geben; „und die Eröffnung enthalten, daß die Strafverfügung vollstreckbar werde, wenn der Angeklagte nicht binnen einer Woche nach der Zustellung bei der Polizeibehörde oder bei dem zuständigen Amtsgerichte auf gerichtliche Entscheidung antrage" — wodurch die erwähnte, die Antragsfrist betreffende Bestimmung des § 382, deren jedoch bei der Debatte über jenen Antrag **Wolffson**—**Bähr** keine Erwähnung geschah — dem § 381 Abs. 3 (jetzt 453) einverleibt wurde. Erst bei der Berathung des § 382 Entw. (§ 454 StPO.), wo darüber gestritten wurde, ob das Recht der Zurücknahme der Strafverfügung der Pol.Behörde oder dem Amtsanwalt zuzugestehen sei, machte der Abgeordn. **von Puttkamer** (S. 698 unten) — ohne erkennbaren Zusammenhang mit diesem Streit — die Bemerkung:

„der Abs. 1 ändere nach seiner Ansicht de jure alle Landesge-

setze ab, welche für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung eine längere Frist gewähren, als eine Woche",

worauf der Minist.Direktor **von Amsberg** erwiederte: „Die letztere Auffassung erachte er für zutreffend." Ein Mehreres wurde hierüber nicht gesprochen.

Hiernach lassen die Verhandlungen in der Just.Komm. den Fall, wenn die Landesgesetze eine kürzere, als die einwöchentliche Antragsfrist des § 453 festsetzen, nicht nur unberührt, sondern es ließe sich e contrario der Schluß ziehen, daß **von Puttkamer** und mit ihm **von Amsberg** — ohne Widerspruch zu finden — davon ausgegangen seien, eine kürzere landesgesetzlich bestimmte Frist bleibe neben der Vorschrift des § 453 maßgebend. Allein jener gelegentlichen Aeußerung nur eines Mitgliedes der Just.Komm. und die nach ihrer Fassung unverkennbar nicht Namens der verbündeten Regierungen ausgesprochene zustimmende Erwiederung des Dir. **von Amsberg** wird überhaupt ein Einfluß auf die Auslegung des § 453 nicht einzuräumen, geschweige denn wird darin eine „ausdrückliche Konstatirung" der Absicht der Just.-Komm. gefunden werden können, vielmehr wird die Entscheidung der Kontroverse lediglich aus dem Inhalt des § 453 herzuleiten sein.

Die Worte: „binnen einer Woche" sind aber so bestimmt, daß dadurch, Mangels jeder Hindeutung auf die Zulässigkeit einer Abweichung nach der einen oder anderen Richtung hin, die Frist für absolut festgestellt, die Berücksichtigung kürzerer oder längerer Fristen anordnender Landesgesetze — um die allein es sich hier, im Gegensatze zu Reichsgesetzen handelt — mithin für ausgeschlossen erachtet werden muß.

Der von **Mewes** für die Rechtsverbindlichkeit einer die Frist des § 453 abkürzenden landesgesetzlichen Vorschrift angeführte Grund: daß eine kürzere Frist innerhalb der im § 453 angeordneten liege, erscheint nicht überzeugend. Die auf die polizeilichen Strafverfügungen bezüglichen Vorschriften der §§ 453 folg. enthalten — wie dies auch in den Mot. S. 243 anerkannt ist — einen Bruch mit dem der StPO. zum Grunde liegenden Prinzip, wonach die Anwendung der Strafgesetze ausschließlich den Gerichten zusteht. Der Schutz, welcher dem von einer solchen polizeilichen Strafverfügung Betroffenen zur Abwendung rechts- und gesetzwidriger Strafen durch das Recht des Antrags auf

gerichtliche Entscheidung gewährt ist, wird ihm aber in demselben Grade verkümmert, als die Frist zur Anbringung jenes Antrages verkürzt wird. Dies erwogen hätte das Gesetz sich möglicherweise veranlaßt sehen können, solche landesgesetzliche Vorschriften, welche eine längere Antragsfrist, als die einwöchentliche festsetzen, bei Kräften zu lassen; dagegen fehlte es ihm zur Begünstigung einer Abkürzung derselben an jeder ratio.

Die von Dalcke und Gen. vertretene Ansicht findet aber auch eine Unterstützung darin, daß die Mot. S. 243 a. a. O. unter Hinweisung auf den § 382 des Entw. (§ 453 StPO.) die Antragsfrist als eine „bestimmte" bezeichnen und (im Abs. 3) hinzufügen: „der Entwurf überlasse den Landesgesetzgebungen das polizeiliche Verfahren zu regeln" — wohin die Bestimmung darüber, binnen welcher Frist der erst nach Beendigung der polizeilichen Funktionen zulässige Antrag auf gerichtliche Entscheidung anzubringen sei, wohl nicht gerechnet werden kann.

Endlich gelangt man zu der Ansicht von der Zulässigkeit einer landesgesetzlichen kürzeren oder längeren Frist nur mittelst der Annahme fahrlässiger Redaktion. Denn für eine solche müßte es gelten, wenn sich das Gesetz im § 453 Abs. 3, obgleich es eine Aenderung der Frist im Wege der Landesgesetzgebung für zulässig hielt, derselben präcisen Worte: „binnen einer Woche", wie im § 449 bedient hätte, obgleich bei diesem eine Abweichung von der Bestimmung der StPO. auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften unbestritten und auch wohl zweifellos unstatthaft ist.

III. Stellen die Kommentare Meinungsverschiedenheit darüber heraus: ob der Beschuldigte auf das Recht, gerichtliche Entscheidung zu beantragen, mit der Wirkung des Verlusts desselben Verzicht leisten könne.

Mewes (a. a. O. S. 418. 6) will einen solchen Verzicht nicht zulassen. Nach Voranschickung, daß eine Vorschrift, wie sie in Bezug auf die „amtsrichterlichen Strafbefehle" im § 449 Abs. 2 gegeben sei, hinsichtlich der polizeilichen Strafverfügungen fehle, fährt er fort:

„Da auf jedes Recht stillschweigend durch Nichtausübung oder durch konkludente Handlungen verzichtet werden kann, würde der Gesetzgeber, wenn er durch seine Vorschrift bei dem amtsrichterlichen Strafbefehl nur diesen allgemeinen Grundsatz

hätte zum Ausdruck bringen wollen, etwas sehr Ueberflüssiges gesagt haben.

Allein sein Gedanke ist ein anderer. Der Verzicht auf den Einspruch muß ein ausdrücklicher sein und wird unwiderruflich. Aus der Nichterneuerung dieser Vorschrift bei der polizeilichen Strafverfügung folgt also, daß ein Verzicht auf die Anbringung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung, den der Beschuldigte bei der Polizeibehörde, sei es ausdrücklich oder durch Abbüßung der Strafe erklärt, ihn nicht hindert, dennoch innerhalb der gesetzlichen Frist den Antrag auf gerichtliche Entscheidung anzubringen.

Entgegengesetzter Meinung sind

Keller S. 490. 10: „Ein Verzicht auf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor Ablauf der Frist ist nach allgemeinen Grundsätzen jedenfalls zulässig (Vergl. § 449 Abs. 2).

Löwe S. 883. 5. A.: „Durch den (rechtzeitigen) Antrag tritt die Strafverfügung ohne Weiteres außer Kraft, doch ist eine Zurücknahme desselben zugelassen. Auch die Zulässigkeit eines Verzichtes (vergl. § 344) auf die Anbringung des Antrages wird durch die StPO. nicht ausgeschlossen."

Voitus S. 453. 6: „Die Vorschrift des § 449 Abs. 2 wird auch hier analog Platz greifen."

Mewes Ansicht dürfte der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen und durch seine Deduktion nicht gerechtfertigt werden.

Zunächst erscheint die Annahme, daß, wenn man der letzteren nicht folge, der § 449 Abs. 2 etwas Ueberflüssiges gesagt haben würde, bedenklich. Allerdings versteht die StPO., wo sie vom Verzicht auf ein Rechtsmittel spricht, darunter eine ausdrückliche Erklärung, im Gegensatze zum Verlust desselben durch den Ablauf der Frist zur Einlegung. Hinsichtlich des § 344 ergiebt sich dies aus den Worten: „der Verzicht kann auch vor Ablauf der Frist erfolgen"; auch heißt es in den Mot. zu diesem § (288 des Entw.) S. 197: „es entspreche den für den Civilprozeß geltenden Grundsätzen, dem Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels, wenn er nach Erlaß der anfechtbaren Entscheidung erklärt werde, eine dem Ablauf der Rechtsmittelfrist gleichkommende Wirkung beizulegen. Im Einklange hiermit ist

auch in den §§ 356. 382 StPO., wo es sich nicht um Verzichts-Erklärungen handelt, die Fassung gewählt: Die Einlegung der Berufung, bzhw. Revision, gelte als Verzicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Ferner ist in dem § 482 der Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels gesondert von dem Ablaufe der Einlegungsfrist besprochen, woraus erhellt, daß der „Verzicht" eine ausdrückliche Erklärung erfordert.

Allein zu der Annahme, daß hierin die Aufnahme des Abs. 2 in den § 449 und das Fehlen einer ähnlichen Vorschrift im § 453 ihre Erklärung finde, und daß der erstere § sonst etwas Ueberflüssiges enthalten würde, dürfte es an einem genügenden Anhalt fehlen. Der Grund, weshalb für nöthig erachtet wurde, eine Bestimmung, wie sie im § 344 bereits ausgesprochen war, im § 449 zu wiederholen, scheint vielmehr darin gesucht werden zu müssen, daß der § 344 nur von Rechtsmitteln spricht, als solche aber im 3. Buch der StPO. nur die Beschwerde, die Berufung und die Revision behandelt werden, wie denn auch in der allgemeinen juristischen Terminologie unter der technischen Bezeichnung: „Einlegung von Rechtsmitteln" die Anrufung einer höheren Instanz verstanden zu werden pflegt. Hiermit übereinstimmend giebt auch die StPO. durch die Vorschrift des § 405 zu erkennen, daß sie die „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens" nicht zu den Rechtsmitteln zählt, da es anderen Falls jener Vorschrift nicht bedurft hätte. In gleicher Weise sprechen sich auch **Löwe** S. 730. 1 und **Thilo** S. 504. 5 über die Rechtsmittel und den Einspruch gegen amtsgerichtliche Strafbefehle aus, während **Mewes** dem Antrage auf richterliche Entscheidung (§ 453) die Natur eines Rechtsmittels beimißt. S. 417 Abs. 2.

Wird aber aus vorstehenden Gründen von **Mewes'** Deduktion abgesehen, so wird auch anzunehmen sein, daß die Aufnahme einer Bestimmung, wie sie der § 449 Abs. 2 enthält, in den § 453 nicht absichtlich unterblieben ist, da es an jedem Grunde fehlte, den Verlust des Rechts, gegen die polizeiliche Strafverfügung gerichtliche Entscheidung zu beantragen, zwar an den Verlauf der kurzen Frist von einer Woche zu knüpfen, eine während dieses Zeitraums abgegebene ausdrückliche Verzichtserklärung aber für unwirksam zu erachten. Eben so wenig würde es sich erklären lassen, weshalb ein solcher Verzicht zwar

im Betreff des amtsrichterlichen Strafbefehls rechtsbeständig, hinsichtlich jenes Antrages aber unstatthaft sein sollte, zumal die oben erwähnten in den Mot. in Bezug auf Rechtsmittel für die Zulässigkeit eines Verzichts geltend gemachten Gründe in gleichem Maße auf den Antrag des § 453, als auf den Einspruch des § 449 Anwendung finden.

Hierzu kommt, daß sich das Gesetz durch Anbringung des Antrages (§ 454) und sofortige Zurücknahme desselben leicht würde umgehen lassen; denn, daß ungeachtet einer protokollarischen Zurücknahme des Antrages derselbe innerhalb der Frist von Neuem angebracht werden dürfe, wird sich nach allgemeinen prozessualischen Grundsätzen und im Hinblick auf den § 344 StPO. nicht annehmen lassen. Hierfür hat sich in Bezug auf den Einspruch auch **Löwe** S. 878 ausgesprochen. Hiernach wird der Mangel einer dem Abs. 2 des § 449 analogen Vorschrift im § 453 um so mehr auf ein Uebersehen zurückzuführen sein, als es sowohl in den Mot., als in den Prot. der Just.Komm. an jeder Andeutung fehlt, daß die Verschiedenheit auf Absichtlichkeit beruhe.

Noch mag bemerkt werden, daß, wenn man bei dieser Frage den Mangel einer ausdrücklichen dem Abs. 2 des § 449 entsprechenden Vorschrift im § 453 zu Gunsten der Ansicht von **Mewes** für entscheidend halten wollte, man auch aus der Nichtaufnahme der Bestimmung des Abs. 3 des § 447 in den § 453 — bei der Uebereinstimmung der Redaktion der Abs. 2 der beiden §§ — folgerecht schließen müßte, daß in der polizeilichen Strafverfügung die Ueberweisung des Beschuldigten an die Landespolizeibehörde ausgesprochen werden dürfe. Gleichwohl wird für zweifellos gelten, daß eine Befugniß, die dem Amtsrichter entzogen ist, nicht der Polizeibehörde hat eingeräumt werden sollen — worüber auch unter den Kommentatoren Einverständniß herrscht. **Dochow** S. 235. **Löwe** S. 882. 2 d. **von Schwarze** S. 587. 5. **Voitus** S. 452. 3.

IV. ist kontrovers, wie beim Ausbleiben des Beschuldigten in der schöffengerichtlichen Hauptverhandlung zu verfahren sei. Es ist zwar unstreitig, daß die im § 452 Abs. 1 in Bezug auf amtsrichterliche Strafbefehle gegebene Vorschrift, wonach in einem solchen Falle der „Einspruch" ohne Beweisaufnahme durch Urtheil zu verwerfen ist, auf das „Verfahren nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung" keine Anwendung finde. Jedoch meint

von Schwarze S. 590 zu § 457 Abs. 1: Dieser Punkt sei durch die Landesgesetzgebung zu regeln, wogegen

Löwe — nachdem er S. 883. 4 in fine, unter Hinweisung auf den § 6 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zur StPO., die allgemeine Bemerkung vorangeschickt hat, daß die Landesgesetzgebung keinerlei Vorschriften geben könne, welche in das hier behandelte gerichtliche Verfahren irgendwie eingriffen — S. 886. 1 zu § 457 ausführt:

„Das Ausbleiben des Beschuldigten in der Hauptverhandlung zieht weder die Verwerfung des Antrages auf gerichtliche Entscheidung, noch sonstige besondere Folgen nach sich. Eine Bestimmung, wie die in § 452 Abs. 1 enthaltene, ist hier nicht getroffen; es finden daher lediglich die allgemeinen Vorschriften (§§ 231 folg.) Anwendung, und es kann auch der ausgebliebene Beschuldigte freigesprochen werden. Keineswegs kann, wie **von Schwarze** meint, die Landesgesetzgebung weitere Bestimmungen hierüber treffen.

Diese Ansicht — welche auch **Dochow** S. 237 Abs. 2, **Keller** S. 492. 3, **Mewes** a. a. O. S. 421. 1 a, **Thilo** S. 406. 2, **Voitus** S. 455 theilen — scheint auch die richtige zu sein.

Sedes materiae für die Prüfung der vorliegenden Frage ist der § 457 Abs. 1, nach welchem das Verfahren vor den Schöffengerichten dasselbe ist, wie im Falle einer von der Staatsanwaltschaft erhobenen und zur Hauptverhandlung verwiesenen Anklage. Zu diesem Verfahren gehört auch die Beschlußnahme über die den Beschuldigten im Falle seines Ausbleibens in gedachter Verhandlung treffenden Folgen. Insoweit daher in den §§ 453—458 von den Vorschriften der §§ 225 folg. abweichende Bestimmungen nicht enthalten sind, werden jene Vorschriften ohne Rücksicht auf etwaige andere Anordnungen der Landesgesetze zur Anwendung zu bringen sein. Die Berücksichtigung der letzteren würde sich auch schon deshalb nicht rechtfertigen lassen, weil die das Verfahren in der Hauptverhandlung betreffenden Vorschriften der StPO. sowohl überhaupt, als insbesondere die auf das Verhandeln beim Ausbleiben des Angeklagten bezüglichen, den Ausfluß bestimmter bei der Bearbeitung des Regierungsentwurfs und den Berathungen in der Just.Komm. und im Reichstage leitend gewesener Grundsätze bilden, welche nicht durch Bestimmungen der Landesgesetze alterirt

werden dürfen. Dem entsprechend läßt auch der von **Löwe** in Bezug genommene § 6 Nr. 3 des Einf.Ges. zur StPO. hinsichtlich der hier in Rede stehenden polizeilichen Strafverfügungen nur in Bezug auf das bei den Verwaltungsbehörden — im Gegensatze zu dem gerichtlichen — stattfindende Verfahren landesgesetzliche Vorschriften Anwendung finden.

Im Einklange hiermit ist in den Mot. S. 243 Abs. 3 nur gesagt: „Der Entwurf überlasse den Landesgesetzgebungen — das polizeiliche Verfahren zu regeln. Dies Verfahren wird aber mit der Abgabe der Akten an die Staatsanwaltschaft (§ 454 Abs. 2) beendet; von da ab bilden die Vorschriften der StPO. die alleinige Norm für das weitere Verfahren. —

Die vorstehend zur Vertheidigung der Ansicht von **Löwe** ins Auge gefaßten Gesichtspunkte werden

V. bei der Beurtheilung der ferneren Streitfrage:

ob die polizeiliche Strafverfügung dem Beschuldigten — in gleicher Weise, wie nach § 449 Abs. 1 der amtsrichterliche Strafbefehl — zugestellt sein müsse, um den Richter in den Stand zu setzen, die Rechtzeitigkeit des Antrages auf richterliche Entscheidung nach § 456 zu prüfen, oder ob es genüge, wenn dieselbe in Gemäßheit der — speciellen oder allgemeinen — auf die Bekanntmachung polizeilicher Erlasse bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften zur Kenntniß des Beschuldigten gebracht worden sei,

nach der entgegengesetzten Richtung hin in Betracht kommen. In Bezug auf diese Frage sagt

Dalcke S. 271. 5, unter Hinweisung auf den § 3 des Preuß. Ges. vom 2. Mai 1853: „der Strafbescheid (die polizeiliche Strafverfügung) ist vorschriftsmäßig zu insinuiren", woraus folgt, daß er die Behändigung einer Ausfertigung oder Abschrift an den Beschuldigten für erforderlich erachtet. — Hiermit übereinstimmend bemerkt

Voitus S. 453. 6 (zu den Worten „nach der Bekanntmachung" im § 453 Abs. 3): „Zustellung" §§ 449. 35 StPO. — Dagegen heißt es bei

Keller S. 490. 7: „Bekanntmachung" in der im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden angeordneten Weise, welche keine gerichtliche Zustellung sein muß." — Ebenso erklärt

Löwe S. 883. 4. „Im Betreff der Art der Bekanntmachung der Strafverfügung sei das Verfahren der Polizeibehörde lediglich Gegenstand der landesgesetzlichen Regelung.

Aehnlich sprechen sich aus **Mewes** S. 413 oben und **Thilo** S. 503. 6.

Diese Ansicht wird auch für die richtige gelten müssen.

In der Just.Komm. S. 697 der Prot. wurde zwar der Antrag: im § 381 des Entw. (§ 453 StPO.) zu bestimmen, daß „die Strafverfügung vollstreckbar werde, wenn der Angeklagte nicht binnen einer Woche nach der Zustellung — auf gerichtliche Entscheidung antrage", unbeanstandet angenommen. Als in 2. Lesung Prot. S. 1063 dem § eine veränderte das Wort „Bekanntmachung" enthaltende Fassung gegeben wurde, blieb die hier vorliegende Frage, wie auch in 1. Lesung unberührt; auch wurde ein Grund für die Substituirung jenes Wortes an Stelle von „Zustellung" nicht angegeben. Hiernach lassen die Verhandlungen der Just.Komm. zweifelhaft, welche Form der „Bekanntmachung" dieselbe für erforderlich, bzhw. für ausreichend erachtet habe.

Allein die Ansicht von **Keller** und Gen. wird neben dem vorstehend unter Nr. IV über die Grenzen der Wirksamkeit der Vorschriften der StPO. einer- und der Landesgesetze andererseits Gesagten, auch dadurch wesentlich unterstützt, daß — übereinstimmend mit dem Entwurf §§ 377. 382. 387 — in dem die amtsgerichtlichen Strafbefehle betreffenden § 449 der Ausdruck „Zustellung", dagegen in dem § 459 Abs. 2 ebenso wie in dem hier in Rede stehenden § 453 das Wort „Bekanntmachung" gebraucht ist. Auch ist, von der oben erwähnten Absicht der Mot., die Regelung des polizeilichen Verfahrens der Landesgesetzgebung zu überlassen, ausgegangen, die Wahl jenes allgemeineren Wortes vollkommen gerechtfertigt, da die Bekanntmachung des Beschuldigten mit der polizeilichen Strafverfügung zu den Geschäften der Polizeibehörde gehört.

Endlich waltet Meinungsverschiedenheit

VI auch darüber ob: wie zu verfahren sei, wenn in der polizeilichen Strafverfügung der darin festgesetzten Geldstrafe nicht eine eventuelle Freiheitsstrafe substituirt, erstere aber von dem Beschuldigten nicht beizutreiben ist.

Mewes (a. a. O. S. 415 Abs. 1) hält in einem solchen Falle eine Remedur überhaupt für ausgeschlossen. Der § 463 StPO. — führt er aus — sei nicht anwendbar, weil er „Strafbescheide der Verwaltungsbehörden" betreffe, in denen Freiheitsstrafen überhaupt nicht festgesetzt werden dürften. Den § 491 würde er zwar, wiewohl er von gerichtlichen Strafurtheilen handle, seinem Wortlaute nach auch hier für anwendbar halten. „Allein:

> es stehen — sagt er — seiner Anwendbarkeit auch sachliche Bedenken entgegen. Es bildet nämlich die zu substituirende Freiheitsstrafe einen Theil der Strafverfügung, gegen welche auf gerichtliche Entscheidung anzutragen der Beschuldigte das Recht hat; auch wegen dieser ihm nur eventuell in Aussicht gestellten Strafe und ihrer Angemessenheit kann er eine gerichtliche, durch das Schöffengericht zu treffende Entscheidung verlangen. Wenn nun eine nach § 491 zu bewirkende nachträgliche Umwandlung der Geldstrafe zulässig wäre, würde durch sie schon das Recht des Beschuldigten, eine schöffengerichtliche Entscheidung zu fordern, beeinträchtigt sein. Es müßte ihm aber zum mindesten die Befugniß bleiben, gegen die Umwandlungs-Entscheidung dieselben Rechtsmittel geltend zu machen, die ihm gegen ein schöffengerichtliches Urtheil zustehen, da er durch ein Verfahren (Versehen?) der Polizeibehörde bei dem Erlaß der Strafverfügung nicht schlechter gestellt und in seinen Rechten beeinträchtigt werden kann. Diese Rechtsmittel gewährt der § 491 nicht. Da sonach auch er unanwendbar ist, will **Thilo** der Polizeibehörde das Recht zusprechen, eine besondere nachträgliche Strafverfügung wegen der zu substituirenden Freiheitsstrafe zu erlassen, gegen welche der Beschuldigte auf gerichtliche Entscheidung antragen könne. Allein auch dieser Ausweg ist gesetzlich unstatthaft. Soll diese Verfügung dem § 453 entsprechen — und in einer anderen als der dort vorgeschriebenen Form darf sie nicht ergehen — so muß sie eine Wiederholung der früheren sein unter Vervollständigung der Strafandrohung bzhw. Festsetzung; anderenfalls würden ihr die wesentlichen Erfordernisse einer rechtsgiltigen Strafverfügung fehlen. Es würde also dem Beschuldigten dieselbe That

nochmals zum Vorwurf gemacht werden müssen, wegen welcher bereits eine von ihm unangefochten gelassene Strafverfügung vollstreckbar geworden ist. Gegen eine solche steht ihm der Einwand der schon erfolgten Festsetzung zu, und er setzt sich, wenn er von demselben keinen Gebrauch machen wollte, der Gefahr aus, daß zwei verschiedene vollstreckbare Strafverfügungen vorliegen, die innerhalb der Verjährungsfrist gegen ihn geltend gemacht werden können. Sonach bleibt auch dieser Weg der Polizeibehörde verschlossen. Das Versehen ist nicht mehr zu verbessern, und liegt die Sache ebenso, als wenn es übersehen worden ist, in der Strafverfügung eine Einziehung festzusetzen, welche der Beschuldigte verwirkt hatte.

Anderer Meinung ist **Dalcke** S. 271. 4: „Hat die Polizeibehörde nur Geldstrafe angedroht, ohne zugleich die eventuelle Haftstrafe zu bestimmen, so kann diesem Mangel nur durch Erlaß eines neuen Strafbescheides (Strafverfügung) abgeholfen werden. Das Verfahren auf § 491 findet hier keine Anwendung, weil diese Bestimmung eine vom Gericht verhängte Strafe voraussetzt." Desgleichen

Thilo S. 503. 7. „Hat die Polizeibehörde es unterlassen, in ihrer Strafverfügung diejenige Haft festzusetzen, welche an die Stelle einer Geldstrafe treten solle, welche nicht beigetrieben werden kann, so kann sie wegen dieser Umwandlung nicht nachträglich den Amtsrichter angehen, vielmehr muß sie das Versäumte durch eine neue Verfügung nachholen, gegen welche der Antrag auf gerichtliche Entscheidung wiederum gerichtet werden kann. Der § 491 hat nur gerichtliche Straferkenntnisse im Auge."

Dieser letzteren Ansicht wird beizustimmen sein. Darüber, daß der § 491, ungeachtet seiner allgemeinen Fassung „verhängte Geldstrafe" auf die durch polizeiliche Strafverfügung festgesetzten Strafen keine Anwendung erleidet, herrscht unter den genannten drei Kommentatoren — wohl mit Recht — Einverständniß. Die §§ 481. 483. 490 und insbesondere § 494 ergeben deutlich, daß der erste Abschnitt des 7. Buches der StPO. ausschließlich von r i c h t e r l i c h festgesetzten Strafen handelt. Auch eine analoge Anwendung desselben

auf jene Strafverfügungen ist unstatthaft, da der § 494 Abs. 1 über das zu beobachtende Verfahren Vorschriften enthält, die bei den polizeilichen Strafverfügungen, in Erwägung, daß Betreffs ihrer ein Gericht erster Instanz nicht vorhanden ist, nicht ausführbar erscheinen.

Ob der § 491, ungeachtet des im § 481 gebrauchten Ausdruckes „Straf-Urtheile" (vergl. § 259) auch auf die „Strafbefehle" der §§ 447 folg. Anwendung finde, ist, als außerhalb der Kontroverse liegend, hier nicht zu erörtern.

Auch über die Unanwendbarkeit des § 463 auf polizeiliche Strafverfügungen waltet Meinungsverschiedenheit nicht ob. Seine Voraussetzungen sind wesentlich andere, als die des § 453, da die nach diesem zulässige Festsetzung einer Freiheitsstrafe den Verwaltungsbehörden (§ 459) nicht ertheilt ist, das Gesetz mithin genöthigt war, den Fall der Nichtbeitreibbarkeit der Geldstrafe durch eine besondere, dem § 491 analoge Vorschrift vorzusehen.

Es bedarf aber auch zur Rechtfertigung des Votums von **Dalcke** und **Thilo** nicht des Zurückgehens auf jene beiden §§.

Mewes geht unverkennbar davon aus, daß die Polizeibehörde gesetzlich verpflichtet sei, der in ihrer Strafverfügung festgesetzten Geldstrafe für den Fall ihrer Nichtbeitreibbarkeit eine Freiheitsstrafe zu substituiren. Er führt das Unterlassen einer solchen Anordnung in der Strafverfügung am Schlusse seiner oben mitgetheilten Ausführung ausdrücklich auf ein „Versehen" zurück; — eine Ansicht, die **Thilo** durch die Worte: „das Versäumte" auch seinerseits zu erkennen giebt. Wäre diese Voraussetzung richtig, so würde sich vielleicht sagen lassen: durch die rechtskräftig gewordene Strafverfügung sei der Straffall überhaupt abgethan. Habe die Pol.Beh. vorschriftswidrig eine im Gesetz gebotene — wenn auch nur eventuell zur Wirksamkeit gelangende — Straffestsetzung unterlassen, so sei eine nachträgliche Verhängung dieser Strafe mit der Rechtsregel: ne bis in idem und den Grundsätzen von der res judicata unvereinbar. Die Sachlage möchte sich dann in der That von dem von **Mewes** angeführten Falle unterbliebener „Einziehung" nicht wesentlich unterscheiden.

Allein jene Voraussetzung dürfte nicht zutreffen. Die StPO. hat nirgend ausgesprochen, daß die Festsetzung einer eventuellen Freiheits-

strafe einen nothwendigen Bestandtheil der polizeilichen Strafverfügung bilde. Der § 453 Abs. 2 verhält sich durchaus negativ; er stellt lediglich diejenigen Grenzen der Straffestsetzungen fest, welche die Pol.Behörde in ihrer Strafverfügung nicht überschreiten dürfe. Positive Anordnungen sind darin nicht enthalten. Allerdings würde es solcher nicht bedürfen, wenn die StPO. eine Vorschrift enthielte, welche die Aufnahme der in Rede stehenden eventuellen Festsetzung allgemein, oder doch in Bezug auf richterliche Straferkenntnisse als nothwendig bezeichnete. Allein auch dies ist nicht der Fall. Der § 491 sagt gleichfalls nur: „ist die Festsetzung" (nicht etwa „versäumt worden" oder „aus Versehen unterbleiben" sondern nur) unterlassen. Auch aus ihm ist daher nicht herzuleiten, daß der Richter unbedingt und unter allen Umständen eine solche eventuelle Feststellung aussprechen müsse. Daß von einer solchen Nothwendigkeit auch der Entwurf zur StPO. nicht ausgegangen ist, ergiebt sich deutlich aus der Bemerkung der Mot. S. 250 zu § 413 desselben (§ 491 StPO.).

> „Die hier gegebene Vorschrift beruht auf der der Rechtsübung entsprechenden Voraussetzung, daß in den auf Geldstrafe lautenden Urtheilen regelmäßig auch die Freiheitsstrafe festgesetzt wird, welche, wenn die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, von dem Verurtheilten zu verbüßen ist;"

so wie ferner aus dem unmittelbar folgenden § 492, in welchem im Gegensatze zum § 491 vorausgesetzt ist, daß „gesetzliche Vorschriften" außer Betracht geblieben seien.

Hat aber das Gesetz der Polizeibehörde gestattet, in Fällen, wo ihr unter den vorwaltenden Umständen die Festsetzung einer eventuellen Freiheitsstrafe bedenklich und die Beitreibbarkeit der Geldstrafe zweifellos erscheint, von ersterer einstweilen Abstand zu nehmen, so muß es nothwendig davon ausgegangen sein, daß es ihr möglich sei, beim unerwarteten Eintritt der Nothwendigkeit, der Geldstrafe Haft zu substituiren, eine solche nachträglich festzusetzen.

Hierzu erscheint auch der von **Dalcke** und **Thilo** empfohlene Weg geeignet, wenn erwogen wird, daß das Nachtrags-Verfahren durch ein neues Ereigniß — den fruchtlosen Versuch der Beitreibung der Geldstrafe — herbeigeführt ist, und daß dasselbe das frühere Verfahren

sowohl, als die auf Grund desselben ergangene Strafverfügung völlig unberührt und in Kraft läßt, jedes aus der res judicata etwa herzunehmende Bedenken mithin ausscheidet. Hierin findet auch wohl Mewes Meinung: die neue Strafverfügung müsse, da sie sonst dem § 453 nicht entspreche, und in einer anderen Form nicht ergehen dürfe — „unter Vervollständigung der Strafandrohung, bzhw. Festsetzung, eine Wiederholung der früheren sein", dann werde aber dem Beschuldigten dieselbe That nochmals zum Vorwurf gemacht — ihre Widerlegung. In der Form des § 453 muß die neue Strafverfügung allerdings ergehen; weshalb aber ihr Inhalt das schon rechtskräftig gegen den Beschuldigten Feststehende wiederholen soll, ist nicht erkennbar. Ihre Aufgabe besteht lediglich darin: im Anschluß an die frühere Strafverfügung diese, unter Festhaltung an ihren rechtskräftigen Festsetzungen, in Veranlassung des erwähnten Novi durch einen Nachtrag zu ergänzen. Gegen letzteren steht dem Beschuldigten in gleicher Weise, wie gegen die frühere Strafverfügung, die Berufung auf richterliche Entscheidung zu.

Es wird sich gegen die vorstehende Ausführung auch nicht einwenden lassen, daß, von ihr ausgegangen, es der Vorschrift des § 491 nicht bedurft hätte, das in der obigen Argumentation in Bezug auf polizeiliche Strafverfügungen für zulässig erachtete Verfahren vielmehr selbstverständlich auch auf Fälle des § 491 anwendbar sein müßte. Denn in Bezug auf richterliche Strafurtheile waren die im § 494 Abs. 1 und 4 erlassenen, die Zuständigkeit, so wie die Anfechtbarkeit der die Umwandlung aussprechenden Entscheidung betreffenden besonderen Bestimmungen nicht zu entbehren, während hinsichtlich der nachträglichen polizeilichen Strafverfügung der § 453 in beiden Beziehungen keinen Zweifel läßt.

§ 206 StPO.

I. Ist der im § 206 StPO. bezeichnete Beschluß mit Gründen zu versehen?

II. Befugniß des Gerichts zur Wiederaufhebung dieses Beschlusses vor der Hauptverhandlung.

I. Die erste der beiden Kontroversfragen berührt vorzugsweise das Interesse der Staatsanwaltschaft. Dieselbe wird verneint von **Löwe**, welcher S. 560. 2 ausführt: „Auf den Beschluß findet die Vorschrift des § 205 in vollem Umfange Anwendung. Es fragt sich aber, ob derselbe die Gründe enthalten müsse, aus denen das Gericht von dem Antrage der Staatsanwaltschaft abgewichen ist, und ob insbesondere die Anführung derjenigen Beweisgründe erforderlich sei, vermöge deren das Gericht den Angeklagten für „hinreichend verdächtig" (§ 201) erachtet. Für die Bejahung der Frage spricht anscheinend, daß die Staatsanwaltschaft eine „dem Beschlusse entsprechende" Anklageschrift einreichen soll. Allein das Gesetz will hiermit nur sagen, daß die Staatsanwaltschaft bei Abfassung der Anklageschrift den Beschluß als die maßgebende Grundlage der letzteren zu betrachten hat, und daß insbesondere hinsichtlich der strafrechtlichen Qualifizirung der That der Beschluß für die Staatsanwaltschaft bindend ist. Die Aufnahme der die Beweisfrage betreffenden Erwägungen in den Beschluß hat überdies, da dieser in der Hauptverhandlung verlesen wird, diejenigen Rücksichten gegen sich, aus welchen das Gesetz die Verlesung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung ausschließt (§ 242). Es ist Pflicht der Staatsanwaltschaft, sich mit möglichster Objektivi-

tät auf den Standpunkt des Gerichts zu stellen und von diesem aus die einzelnen Beweismomente zu prüfen und in der Anklageschrift zu behandeln." — Entgegengesetzter Ansicht ist **Keller.** Er bemerkt S. 211. 3 zu § 205, daß eine Begründung des in der Regel durch ein Rechtsmittel nicht anfechtbaren Beschlusses nicht erforderlich sei, und sagt dann — in Uebereinstimmung mit Nr. 3. b. daselbst — S. 213. 2. zu § 206 unter Hinweisung auf § 34: „Der Beschluß muß auch mit Gründen versehen sein, weil es nur dadurch der Staatsanwaltschaft ermöglicht wird, eine „dem Beschlusse entsprechende" Anklageschrift zu fertigen."

Uebereinstimmend hiermit äußern sich **Dalcke** S. 132. 1. **Puchelt** S. 360. 3. **Voitus** S. 243. 2.

Diese letztere Ansicht dürfte zunächst im § 34 StPO. ihre Rechtfertigung finden, nach welchem „die durch ein Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidungen, sowie diejenigen, durch welche ein Antrag abgelehnt wird", mit Gründen zu versehen sind. Daß die zweite Alternative dieser Vorschrift hier Platz greife, würde ohne die Wortfassung der §§ 196 und 206 Abs. 1, welche ganz allgemein von dem „Antrage" des Staatsanwalts sprechen, nicht anzuerkennen sein. Denn, verlangt der Staatsanwalt nicht die Eröffnung des Hauptverfahrens, spricht er sich vielmehr dahin aus, daß ihm das Ergebniß der Voruntersuchung einen Anlaß zur Erhebung der Anklage nicht darbiete, so braucht er einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens nicht zu stellen; das Gericht faßt nach §§ 196. 201. 202 in einem solchen Falle seinen Beschluß unabhängig von den Ansichten der Staatsanwaltschaft. Da indeß das Gesetz, ohne zwischen dem Falle der Einreichung einer Anklageschrift (§ 196 Abs. 2) und dem des § 206 zu unterscheiden, die Ausdrücke „Antrag" „beantragen" braucht, so möchte es bedenklich sein, die Worte des § 34: „durch welche ein Antrag abgelehnt wird", hier für nicht anwendbar zu erachten.

Aber auch von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, verleiht der § 34 der Staatsanwaltschaft einen Anspruch auf Mittheilung der Gründe, welche das Gericht bestimmt haben, ihrer Ansicht entgegen das Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten zu eröffnen, da sie ohne Kenntniß derselben außer Stande ist, eine Beschwerde

gegen den Beschluß — deren Zulässigkeit in der Abhandlung S. 275 folg. der „Kontroversen" nachzuweisen versucht worden ist — zu begründen. Es sei beispielsweise unterstellt, der Staatsanwalt habe nach dem Schlusse der Voruntersuchung bei Vorlegung der Akten seine Ansicht, daß der Beschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei, nicht bloß auf die des Näheren erörterte Unzulänglichkeit des vorhandenen Beweismaterials zur Herbeiführung eines „Schuldig"-Spruchs, sondern auch darauf gegründet, daß die den Gegenstand der Voruntersuchung bildende That, so, wie sie sich nach den Ergebnissen der letzteren herausgestellt habe, nicht unter ein Strafgesetz falle, daß aber außerdem dem Beschuldigten speziell nachgewiesene Strafausschließungsgründe zur Seite ständen. Wird ihm darauf ein das Hauptverfahren eröffnender Gerichtsbeschluß zugestellt, welcher, dem § 205 entsprechend, ein Mehreres nicht enthält, als „die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes", so hat er zwar davon auszugehen, daß das Gericht, aller seiner Deduktionen ungeachtet, die Erhebung der Anklage für geboten erachte; er ist jedoch außer Stande, eine Beschwerde gegen den Beschluß in solcher Weise zu begründen, daß das höhere Gericht dieselbe zu prüfen vermag, da er die thatsächlichen und rechtlichen Gründe, aus denen seine Argumente verworfen worden sind, nicht kennt, sie also in seiner Beschwerdeschrift nicht zu widerlegen vermag. Wollte er aber auch in letzterer die verschiedenen *Möglichkeiten* der bei der Eröffnung des Hauptverfahrens leitend gewesenen Erwägungen ins Auge fassen, so würde doch das Beschwerdegericht sich der Prüfung der Beschwerde auf Grund bloßer Hypothesen nicht unterziehen können, vielmehr genöthigt sein, zuvor Bericht über die Gründe zu erfordern, welche das Gericht, unter Verwerfung der von der Staatsanwaltschaft für die Außerverfolgungsetzung des Beschuldigten geltend gemachten Argumente, zur Eröffnung des Hauptverfahrens bestimmt haben. Die Zweckwidrigkeit eines solchen mit Verzögerung der Sache und unnützer Mehrarbeit verknüpften Verfahrens kann nicht verkannt werden.

Daß — wie **Löwe** bemerkt — die Aufnahme der die Beweisfrage betreffenden Erwägungen in den in der Hauptverhandlung zu verlesenden Eröffnungs-Beschluß diejenigen Rücksichten gegen sich hat,

aus welchen das Gesetz die Verlesung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung ausschließt, ist zuzugeben; daraus folgt aber nicht, daß die Gründe des Beschlusses dem Staatsanwalt überhaupt vorenthalten werden dürfen, vielmehr nur, daß sie demselben besonders mitzutheilen sind, um ihn zu befähigen, entweder eine Anklageschrift im Sinne des Gerichtsbeschlusses anzufertigen, oder eine Beschwerde gegen letzteren zu substantiiren.

Ein Zweifel gegen die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht von **Keller** und Gen. könnte daraus hergeleitet werden, daß in Bezug auf den die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluß im § 202 ausdrücklich vorgeschrieben ist: es müsse aus demselben hervorgehen, ob er auf thatsächlichen oder auf Rechtsgründen beruhe — eine solche Vorschrift aber im § 206 fehlt. Allein zunächst würde es schon an sich bedenklich sein, daraus, daß sich das Gesetz veranlaßt gesehen hat, im § 202 eine spezielle, die Art der Abfassung der Gründe betreffende Anordnung zu treffen, den Schluß zu ziehen, daß im Falle des § 206, im Widerspruch mit der allgemeinen Bestimmung des § 34, Gründe für die gegen die Ansicht der Staatsanwaltschaft erfolgte Eröffnung des Hauptverfahrens überhaupt nicht ertheilt zu werden brauchten. Es ergiebt sich aber auch aus der Entstehungsgeschichte des § 202 (Entw. § 171; in den „Beschlüssen der Just.Komm." nach 1. Lesung § 167. a) und des § 206 (Entw. § 169), daß die Aufnahme der vorerwähnten Vorschrift in den ersteren und das Fehlen derselben in dem letzteren § nicht auf absichtlicher Unterscheidung zwischen beiden §§ beruht. Weder in den Mot., noch bei den Berathungen der Just.Komm. ist die Frage zur Sprache gekommen, ob in einem der beiden Fälle der Staatsanwaltschaft eine Beschwerde gegen den Beschluß des Gerichts zustehe, und weshalb die auf die Abfassung der Gründe bezügliche Vorschrift des § 202 in den § 206 nicht aufgenommen worden sei (Prot. S. 322—327; 393—95). Auf der von **Keller** S. 213. 2 in Bezug genommenen Seite 324 der Prot. findet sich nur die Bemerkung des Geh. Ob.RR. **Hanauer**: In dem im § 169 (StPO. § 206) behandelten Falle, wenn der Staatsanwalt die Außerverfolgungsetzung beantrage und das Gericht eine strafbare Handlung als vorhanden annehme, „ergebe sich die Nothwendigkeit des motivirten Beschlusses und das Erforderniß einer diesem entsprechenden nachträg-

lichen Anklageschrift von selbst." Auch hieraus wird sich für die hier vorliegende Frage nichts herleiten lassen. Die Mot. haben sich S. 114 hinsichtlich des § 202 auf die Anführung der Gründe beschränkt, welche das Gericht bestimmen können, das Verfahren gegen die Ansicht der Staatsanwaltschaft einzustellen. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß, wenn die erwähnte Folgerung aus der Bestimmung des § 202 zulässig wäre, man aus demselben auch in anderen Fällen auf die Entbehrlichkeit der Angabe von Gründen würde schließen, also z. B. im Falle des § 173 würde annehmen dürfen, daß sich das Gericht auf den Beschluß, daß die öffentliche Klage zu erheben sei, beschränken könne — ein Verfahren, welches der Staatsanwaltschaft die „Durchführung des Beschlusses" unmöglich machen würde. —

II. Auch über die zweite — auf den Abs. 2 des § 206 bezügliche — unverkennbar theoretisch und praktisch interessantere Frage: ob das Gericht den nach Abs. 1 gefaßten Beschluß wiederaufheben dürfe, wenn es sich nach der auf den Antrag des Angeklagten erfolgten „Vornahme einzelner Beweiserhebungen" überzeugt, daß die bei dem früheren Beschlusse leitend gewesenen Gründe behoben seien, zu einer Anklage gegen den Angeschuldigten mithin keine Veranlassung mehr sei, waltet unter den Kommentatoren Meinungsverschiedenheit ob. — Sie wird verneint von

Löwe S. 561. 4. Nach Voranschickung der Bemerkung, daß der Zweck der Mittheilung der von dem Staatsanwalt gemäß Abs. 1 § 206 gefertigten Anklageschrift nur dahin gehe, dem Angeklagten Gelegenheit zur Stellung von Beweisanträgen behufs der besseren Vorbereitung seiner Vertheidigung in der Hauptverhandlung zu geben, fährt er in Uebereinstimmung mit seiner S. 311 der „Kontroversen" mitgetheilten, auf den § 270 bezüglichen Bemerkung fort:

> „Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens kann der Angeschuldigte nicht mehr vorbringen, da dieselbe bereits beschlossen und das Gericht nicht befugt ist, seinen Eröffnungsbeschluß wiederaufzuheben oder auch nur zu modifiziren. Eine solche Befugniß steht dem Gericht auch dann nicht zu, wenn die etwaigen auf den Antrag des Angeschuldigten vorgenommenen Beweiserhebungen ein Ergebniß haben, welches den Beschluß in rechtlicher oder thatsächlicher Hinsicht als nicht zutref-

fend oder als nicht erschöpfend erscheinen läßt. Dieses Ergebniß kann erst vor dem erkennenden Gericht weitere Berücksichtigung finden."

Im Einklange hiermit bemerkt **Löwe** Nr. 6: es handle sich hier nur um Beweiserhebungen, welche der Angeklagte noch vor der Hauptverhandlung vorgenommen wissen wolle; derselbe müsse daher das Interesse angeben, welches er daran habe, daß die Beweiserhebung nicht erst in der Hauptverhandlung erfolge. — Im Wesentlichen hiermit übereinstimmend führt

von Schwarze S. 370. 2 aus: „Die Begünstigungen des Angeklagten, welche § 199 vorschreibt, reduziren sich — hier (im § 206) auf die Befragung desselben, ob er noch einzelne Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen wolle, wogegen die Verweisung des Angeklagten zur Hauptverhandlung selbst bereits unabänderlich feststeht. Sollten sich bei solchen nachträglichen Erörterungen Bedenken gegen die bereits beschlossene Verweisung herausstellen, so kann dessenungeachtet letztere nicht wieder aufgehoben werden; die Erörterungen können nur Material für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung liefern." —

von Bomhard äußert sich S. 149. 2 Schlußsatz hiermit übereinstimmend, und auch

Thilo bemerkt S. 231. 5: Das beschließende Gericht sei nicht befugt, auf Grund neuer Ermittelungen oder neu hervorgetretener Umstände nach Antrag des Staatsanwalts seinen ersten Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens zu modificiren. Vielmehr erlange der Beschluß — außer dem erkennenden Richter gegenüber — eine gewisse Rechtskraft, wenn eine zulässige Beschwerde nicht eingelegt, oder unbegründet befunden worden sei. — Entgegengesetzter Meinung ist

Mewes. Er führt S. 62 Note 10 Abs. 3 aus:

„Hier (im § 206, im Gegensatz zu § 199) hat sich also das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens bereits schlüssig gemacht und ausgesprochen. Soll nun nach der Erklärung des Angeschuldigten oder nach der Erhebung des von ihm beantragten Beweises eine nochmalige Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens stattfinden? Und kann der Rich-

ter seinen früheren Beschluß wieder aufheben? Soll diese Maßregel nicht zu einem bedeutungslosen Akte herabsinken, ist die Frage zu bejahen. Freilich wird es eines zweiten Beschlusses nicht bedürfen, wenn nicht der erstere durch ihn beseitigt werden soll. Diese Beseitigung und daher eine neue Beschlußfassung hält **Löwe** für unzulässig. Er meint, daß der einmal gefaßte Beschluß selbst dann nur durch Erkenntniß aufgehoben werden könne, wenn durch die Anführungen des Angeschuldigten demselben jeder thatsächliche oder rechtliche Boden entzogen werde. Daß jedoch das Gesetz den Gerichtsbeschlüssen nicht die Bedeutung eines Erkenntnisses in dieser Beziehung beilegt, vielmehr ihre Aufhebung durch einen neuen Beschluß gestattet, zeigt § 348."

Auch diese zweite Streitfrage ist bei der Besprechung des § 206 (Entw. § 169) in der Just.Komm. unberührt geblieben. Bei erster Lesung war derselbe gänzlich beseitigt worden (Prot. S. 326). Bei zweiter Lesung wurde der — dem Entwurf im Wesentlichen entsprechende — erste Satz wieder aufgenommen. Die Debatte beschränkte sich jedoch auf die Frage, ob es in einem solchen Falle einer Anklageschrift bedürfe, oder der Eröffnungs-Beschluß genüge (Prot. S. 933—935). Im Reichstage (Sten. Ber. S. 383 folg.), wo der § 206 die Nr. 207 hatte, ist demselben der Abs. 2 hinzugefügt worden; die hier vorliegende Streitfrage ist auch dort nicht besprochen worden.

Dieselbe dürfte nach dem Votum von **Mewes** zu entscheiden sein.

Es empfiehlt sich, vor dem Eingehen auf dieselbe die allgemeine Prinzipien-Frage ins Auge zu fassen, in wie weit eine Wiederaufhebung des gemäß § 201 ergangenen, das Hauptverfahren eröffnenden Gerichts-Beschlusses *überhaupt* zulässig ist. Diese ist nur von **Löwe** und **Fuchs** zur Beurtheilung gezogen worden.

Löwe bemerkt S. 573. 2 vorweg, daß durch die Erlassung des das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses die Sache *bei dem erkennenden Gericht anhängig* geworden sei, und fährt dann fort:

„Die StPO. schweigt darüber, ob nach Eröffnung des Hauptverfahrens nothwendig eine *Hauptverhandlung* stattfinden müsse, und nur in einer solchen eine *die Untersuchung abschließende Entscheidung* ergehen dürfe, oder ob in

gewissen Fällen die Einstellung des Verfahrens auch in berathender Sitzung beschlossen werden, die Hauptverhandlung also in Wegfall kommen könne. Die Einstellung des Verfahrens durch einen in berathender Sitzung zu erlassenden Beschluß erscheint (abgesehen von dem Falle des Todes des Angeklagten) da geboten, wo ein der Strafklage entgegenstehendes Hinderniß von der Art ist, daß es nicht bloß die Verurtheilung, sondern auch die fernere Strafverfolgung, d. h. die Anwendung einer strafrichterlichen Zwangsgewalt gegen den Angeklagten (vergl. insbesondere den § 235) unzulässig macht."

Als hierher gehörig erkennt **Löwe** die fünf Fälle an: 1) Abolition, 2) wenn die Verfolgung einer amtlichen Handlung durch die vorgesetzte Behörde des Angeklagten für unstatthaft erklärt wird, 3) wenn sich die Exterritorialität des Letzteren oder 4) herausstelle, daß derselbe zur Zeit der That noch nicht 12 Jahre alt gewesen sei, 5) wenn der Strafantrag zurückgenommen werde. „In allen übrigen Fällen aber — fährt er fort — kann die das Hauptverfahren abschließende Entscheidung nur in der Hauptverhandlung erlassen werden, und dies gilt insbes. auch dann, wenn sich ergiebt, daß die Strafklage bereits durch Verjährung oder rechtskräftige Entscheidung erloschen ist."

Fuchs (**von Holtzendorff** Hdb. des StPRechts Bd. II S. 51 folg.) erachtet, wie aus seinen Ausführungen erhellt, die Wiederaufhebung des Eröffnungsbeschlusses in weiteren Grenzen für zulässig. Er tritt **Löwe** darin bei, daß die StPO. darüber nichts enthalte, bemerkt, daß dies auch vom § 259 gelte, da derselbe voraussetze, daß die Hauptverhandlung bereits begonnen habe, theilt die 5 Fälle, in denen **Löwe** sich für die Zulässigkeit der Zurücknahme des Eröffnungsbeschlusses ausgesprochen habe, mit und bemerkt dann unter Hinweisung auf abgedruckte Entscheidungen weiter: Sowohl das Preußische Obertribunal als das frühere Preuß. Oberappellationsgericht hätten zuerst angenommen, daß nach den Grundsätzen der Kriminalordnung v. J. 1805 und der StPO. vom 25. Juni 1867 nach ergangenem Beschlusse auf Eröffnung der förmlichen Untersuchung — der mit dem jetzigen Beschlusse auf Eröffnung des Hauptverfahrens identisch sei — auch die Einstellung des Verfahrens nur durch richterliches Urtheil bewirkt

werden könne. Diese Ansicht sei später von dem Obertribunal selbst aufgegeben worden und sei „auch weder nach dem damaligen Verfahren, noch im Hinblick auf die deutsche StPO. für richtig zu erachten." Zur Begründung dieser Ansicht führt er aus:

„Wenn im Falle des Todes eines Angeklagten die Einstellung des Verfahrens durch Gerichtsbeschluß sich von selbst versteht, so liegt die Sache nicht anders bei der rechtzeitigen Rücknahme des Strafantrages, wo diese zulässig ist, nicht anders bei dem erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens hervorgetretenen Mangel, oder der verspäteten Anbringung des Strafantrages; nicht anders, wenn erst nachträglich die gesetzliche Altersreife als nicht vorhanden festgestellt wird. Denn überall wird hier der Angeklagte der Strafgewalt des Richters entzogen und letzterer in die Unmöglichkeit versetzt, über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten, was ja der Hauptzweck des eingeleiteten Strafprozesses ist, sich auszusprechen. Wo es an den Voraussetzungen der Strafverfolgung gebricht, da fehlt es auch an denen eines Strafurtheils. Die Ansetzung der Hauptverhandlung und die Vorladung des Angeklagten nach Feststellung eines der oben gedachten prozessualischen Mängel wäre eine Fortsetzung der Kriminalprozedur, die anzuordnen der Richter keine Berechtigung mehr hat."

Im Anschluß hieran weist Fuchs weiter nach, daß man auch aus praktischen Gründen sich für die Einstellung des Verfahrens durch bloßen Beschluß entscheiden müsse.

Der nach Vorstehendem von Fuchs aufgestellte Grundsatz: daß die beschlossene Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Beginne der Hauptverhandlung durch anderweiten Beschluß wieder aufgehoben werden könne, wenn es „an den Voraussetzungen der Strafverfolgung gebreche", erscheint theoretisch zutreffend und dem Bedürfniß der Praxis entsprechend.

Darüber, daß die StPO. ein der Durchführung dieses Grundsatzes entgegenstehendes Verbot nicht enthält, herrscht Einverständniß. Es läßt sich aber aus ihren Vorschriften die Unzulässigkeit eines demselben entsprechenden Verfahrens auch nicht deduciren. Nirgend hat die StPO. auf eine sakramentale Natur des im § 201 bezeichne-

ten, die Eröffnung des Hauptverfahrens anordnenden Gerichtsbeschlusses auch nur hingedeutet. Für das Gegentheil spricht vielmehr nicht nur, daß der Eröffnungsbeschluß auf eingelegte Beschwerde in dazu geeigneten Fällen durch das höhere Gericht, gleichfalls durch Beschluß, aufgehoben oder modifizirt werden darf (§ 209; „Kontroversen“ S. 275 folg.), sondern auch, daß das erkennende Gericht durch den Eröffnungsbeschluß nicht verhindert wird, den Angeklagten eines anderen Delikts für schuldig zu erklären, als des ihm in jenem Beschluß zur Last gelegten. Das Wesen des Eröffnungsbeschlusses besteht lediglich darin, daß das von der Staatsanwaltschaft angerufene Gericht erklärt, die ihm von derselben unterbreiteten Akten böten genügende Veranlassung dar, um eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeizuführen, ob der Angeschuldigte wegen des von der Staatsanwaltschaft bezeichneten Delikts — oder welches anderen — zu bestrafen sei. Ueberzeugt sich daher das Gericht demnächst noch vor dem Beginn der Hauptverhandlung, daß es — wie **Fuchs** sagt — „an den Voraussetzungen der Strafverfolgung gebricht“, sei es, weil dem Eröffnungsbeschluß ein Versehen zum Grunde liegt, oder weil Ereignisse eingetreten oder ihm bekannt geworden sind, die, wenn sie ihm bei Erlassung des Eröffnungsbeschlusses bekannt gewesen wären, diesen Beschluß unmöglich gemacht hätten, hält also das Gericht im Einverständniß mit dem Staatsanwalt es für gewiß, daß die Hauptverhandlung nothwendig mit der Freisprechung des Angeklagten endigen müsse, — so fehlt es sowohl nach Lage der StPO. als de lege ferenda an jedem Grunde, welcher das Gericht nöthigen könnte, den ganzen Apparat der Vorbereitung der Hauptverhandlung in Bewegung zu setzen und, selbst unbekümmert um die Verhaftung des Angeklagten, diese Verhandlung mit ihren für letzteren verknüpften Uebeln, ihrer Belästigung für die Zeugen u. s. w. und ihrem zwecklosen Kostenaufwande stattfinden zu lassen, lediglich um dem Formalismus zu huldigen: weil doch einmal ein Gerichtsbeschluß — wenn auch bei einer wesentlich anderen Sachlage, oder doch unter anderen Voraussetzungen des Gerichts — ergangen sei.

Von dem Grundsatze ausgegangen, daß nach dem Fortfalle der in dem § 201 angegebenen Bedingungen der Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht nicht mehr berechtigt sei, den Angeklagten

dem Verfahren in der Hauptverhandlung zum Zwecke seiner formellen Freisprechung zu unterwerfen, muß es auch gleichgiltig erscheinen, ob der Grund der Veränderung der Sachlage in dem Eintritt eines neuen Ereignisses, oder darin besteht, daß das Gericht erst nach erlassenem Eröffnungsbeschluß im geordneten Geschäftsgange von thatsächlichen Umständen Kenntniß erhält, welche, wenn sie bekannt gewesen wären, den Staatsanwalt von der Erhebung der Anklage, das Gericht von der Willfahrung des Antrages auf Eröffnung des Hauptverfahrens hätten abhalten müssen. Die Wiederaufhebung des Beschlusses wird daher nicht bloß, wie **Löwe** meint, in Folge einer Zurücknahme des Strafantrages, sondern der Ansicht von **Fuchs** entsprechend auch dann statthaft sein, wenn sich herausstellt, daß der Strafantrag von Hause aus gefehlt habe, oder verspätet eingegangen gewesen sei. Ja selbst, wenn der Staatsanwalt amtlich erfährt, daß die einzigen in seiner Anklageschrift namhaft gemachten Belastungszeugen gestorben seien, und er in seiner mit dem Antrage auf Wiederaufhebung des Eröffnungsbeschlusses verbundenen Anzeige an das Gericht erklärt, daß er anderen Beweis nicht zu erbringen vermöge, wird die Einstellung des Verfahrens — Mangels einer ausdrücklichen dieselbe verbietenden Vorschrift des Gesetzes — für gestattet zu erachten sein.

Wird diesen auf die allgemeine Frage der Zulässigkeit der Wiederaufhebung eines Eröffnungsbeschlusses bezüglichen Ausführungen beigetreten und dadurch anerkannt, daß die von **Löwe** befürwortete Beschränkung derselben auf die von ihm bezeichneten fünf Fälle nicht gerechtfertigt ist, so wird schon hierin die nach obigen Mittheilungen in mehreren Kommentaren in Bezug auf die den Gegenstand dieser Abhandlung bildende Kontroversfrage niedergelegte Ansicht: daß das Ergebniß der nach Abs. 2 des § 206 auf den Antrag des Angeklagten erfolgten „einzelnen Beweiserhebungen" das Gericht so wenig zur Wiederaufhebung als zur Modifizirung des Eröffnungsbeschlusses berechtigen könne, ihre Widerlegung finden.

Wenn **Löwe** dem Gericht jene Befugniß in Fällen des § 206 auch dann nicht zugestehen will, wenn die Beweiserhebungen ein Ergebniß geliefert haben, „welches den Beschluß in rechtlicher oder thatsächlicher Hinsicht als nicht zutreffend erscheinen läßt", so bemerkt **Mewes** wohl mit Recht, daß dann „die Maßregel des Abs. 2 zu einem bedeutungs-

losen Akte herabsinke." Weist beispielsweise der Angeklagte unter Zustimmung der Staatsanwaltschaft aus den Zeugenaussagen nach, daß der Strafantrag nicht vom Verletzten, sondern gegen dessen Willen von einem Feinde des Angeklagten geschrieben und eingereicht gewesen, oder ergeben die auf sein Verlangen herbeigeschafften Akten, daß der Straffall bereits bei einem anderen Gerichte rechtskräftig durch Freisprechung des Angeklagten entschieden sei, so forscht man vergebens nach einem zutreffenden Grunde, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, ungeachtet des Anerkenntnisses des Gerichts, daß jener Beweis geführt sei, die Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung gegen den Antrag des Angeklagten für nothwendig zu erachten. **Löwe** meint, die im Abs. 2 § 206 angeordnete Mittheilung der von dem Staatsanwalt gemäß der Schlußworte des Abs. 1 angefertigten Anklageschrift habe nur den Zweck: dem Angeschuldigten Gelegenheit zur Stellung von Beweisanträgen behufs der besseren Vorbereitung seiner Vertheidigung in der Hauptverhandlung zu geben. Dies scheint jedoch aus dem Inhalte des Abs. 2 nicht hergeleitet werden zu können. Denn die Worte desselben: einzelne Beweiserhebungen „vor der Hauptverhandlung", enthält auch der, im § 206 ausdrücklich in Bezug genommene § 199. Daß aber die auf Grund dieses § auf Antrag des Angeschuldigten erfolgte Beweisaufnahme auf das Anordnen oder Unterbleiben einer Hauptverhandlung von Einfluß sein kann, folgt daraus, daß zur Zeit des Beschlusses jener Beweisaufnahme ein das Hauptverfahren eröffnender Beschluß noch gar nicht ergangen, das Gericht also genöthigt ist, bei seiner Beschlußnahme darüber neben dem Belastungs- auch den vom Angeschuldigten nach § 199 erbrachten Entlastungsbeweis zu berücksichtigen. Aber auch abgesehen hiervon läßt sich aus den Worten des Abs. 2 § 206 „vor der Hauptverhandlung" ein Mehreres nicht folgern, als, daß bei der Redaktion des Abs. — und zwar mit Recht — als Regel vorausgesetzt ist, daß auch nach der „Vornahme einzelner Beweiserhebungen" die Abhaltung der Hauptverhandlung in Folge der schon beschlossenen Eröffnung des Hauptverfahrens stattfinden werde; — nicht aber, daß der Eröffnungsbeschluß auch dann nicht wiederaufgehoben werden dürfe, wenn das Ergebniß jener Beweiserhebung der Art ist, daß der Eröffnungsbeschluß nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, die Freisprechung des Angeklag-

ten nach der Ueberzeugung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft unausbleiblich ist, die Abhaltung der Hauptverhandlung mithin nicht bloß zwecklos, sondern ein Unrecht gegen den Angeklagten sein würde. Im Falle der Verhaftung des letzteren geriethe überdies das Gericht in das Dilemma, ihn entweder ungeachtet der Ueberzeugung von seiner Straflosigkeit in Haft zu behalten, oder ihm durch seine Entlassung aus derselben mittelbar zu erkennen zu geben, daß die bevorstehende Hauptverhandlung ein ihm ungünstiges Resultat nicht herbeiführen könne. —

Die Zulässigkeit der Wiederaufhebung des das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses durch dasselbe Gericht (§ 201) ergiebt sich aber auch ferner aus dem § 348 Abs. 2. Denn: steht dem Staatsanwalt gegen den, seinem Antrage zuwider auf Grund des § 206 erlassenen Eröffnungs-Beschluß das Rechtsmittel der Beschwerde zu — wie dies auch **Mewes** durch Hinweisung auf den § 348 anerkennt — und ist das Gericht nach der Vorschrift dieses § berechtigt, einer solchen, ohne sie an das höhere Gericht gelangen zu lassen, selbst abzuhelfen, so folgt hieraus für Fälle des § 206 seine Befugniß, den vom Staatsanwalt angefochtenen Eröffnungs-Beschluß aufzuheben. Daß der im § 348 gebrauchte Ausdruck „Entscheidungen" die Beschlüsse und Verfügungen mit umfaßt ist unstreitig (s. auch RGUrth. v. 6. April 1880. Goltd. A.B. 28 S. 295), ergiebt sich auch aus der Verbindung, in welcher dieser § mit dem § 346 steht. Der § 348 Abs. 2 findet daher, Mangels einer ausdrücklichen Ausnahme, auf alle Arten von Beschlüssen Anwendung. Eine solche Ausnahme ist hinsichtlich des hier in Rede stehenden auf Grund des § 206 Abs. 1 erlassenen Beschlusses nicht angeordnet.

Ist aber dadurch, daß dem Gericht die Befugniß ertheilt ist, den Eröffnungs-Beschluß in Veranlassung einer Beschwerde wieder aufzuheben, die Zulässigkeit einer solchen Beseitigung im Wege eines anderweiten Beschlusses desselben Gerichts im Prinzip von der StPO. anerkannt, so kann es keinen Unterschied machen, ob das Gericht zu der Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit des Eröffnungsbeschlusses durch den Inhalt einer Beschwerdeschrift, oder einer Remonstration, oder durch eigene Wahrnehmung eines bei der Beschlußnahme begangenen Versehens gelangt, sowie ferner, ob der Beschluß schon bei damaliger Sachlage nicht hätte ergehen dürfen, oder ob sich seine Hinfälligkeit

erst durch die auf den berechtigten Antrag des Angeklagten erfolgte „Vornahme einzelner Beweiserhebungen" herausgestellt hat. Zu einer solchen Unterscheidung hätte es dem Gesetz an einer Ratio gefehlt. Entscheidend für dasselbe mußte sein, daß es mit den Zwecken der Strafrechtspflege nicht vereinbar ist, einen Angeschuldigten dem Strafgericht zu überweisen, obgleich nach dem Anerkenntniß der zuständigen Justiz-Behörden eine Verurtheilung desselben durch bestimmte gesetzliche Vorschriften oder die klare Sachlage zweifellos ausgeschlossen ist.

Es wird sich endlich auch nicht behaupten lassen, daß das Interesse des Angeklagten die Beendigung des durch Gerichtsbeschluß gegen ihn eröffneten Hauptverfahrens durch ein Urtheil in gleicher Weise, wie nach stattgehabter Hauptverhandlung („Kontroversen S. 325 Schlußsatz) erfordere. Denn der wesentliche Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß die Hauptverhandlung — im Gegensatze zu allem Vorangegangenen — die eigentliche Untersuchung bildet, in welcher die gegen den Angeklagten wegen einer bestimmten Strafthat erhobene Anklage öffentlich verhandelt wird, in Folge dessen ihm das Recht, nach erfolgter Beseitigung des der Anklage zum Grunde liegenden Verdachts seine Unschuld durch ein formelles Urtheil des Gerichtshofes ebenso öffentlich verkündet zu sehen, vom Gesetz anerkannt werden mußte. Diese Gründe scheiden aber bei dem bloßen Eröffnungsbeschluß (§ 201) aus. Derselbe unterscheidet sich hinsichtlich der Gefährdung des guten Leumunds des Beschuldigten nicht wesentlich von dem die Voruntersuchung eröffnenden Gerichtsbeschluß. (§§ 178. 180). Auch von diesem Beschluß erhält der Angeschuldigte, wie vom Eröffnungsbeschluß, Kenntniß, und es erfolgt auf Grund desselben die Vernehmung von Zeugen u. s. w. Gleichwohl wird das in Folge desselben stattgehabte Verfahren durch bloßen Beschluß beendet. § 202. Es steht aber auch nichts entgegen, dem Angeschuldigten in geeigneten Fällen eine amtliche Bescheinigung über die Wiederaufhebung des das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses zu ertheilen.

§§ 42. 43 StPO.

Findet der Abs. 2 des § 43 StPO. auch auf die im § 42 bezeichneten nach Tagen bestimmten Fristen Anwendung?

So gering auch das Interesse ist, welches diese Kontroversfrage in wissenschaftlicher Beziehung darbietet, so ist doch ihre Bedeutung für die Praxis nicht zu verkennen. Die Ansichten der Kommentatoren stehen sich in Bezug auf dieselbe einander direkt entgegen. Ausdrücklich wird sie verneint von

Dochow S. 110. 2. „Die Berechnung der Fristen — sagt er — ist verschieden. Bei einer nach Tagen bestimmten Frist wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll. Hierbei ist es gleichgültig, ob der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist. Die nach einer Woche oder einem Monat oder mehreren Wochen oder mehreren Monaten bestimmten Fristen endigen mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat." — „Ist der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag, so endigt die Frist erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages." Ferner von

von Bomhard S. 32. 4: „Der Abs. 2 des § 43 bezieht sich nur auf Abs. 1 dieses §, nicht auch auf den § 42. — Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt somit auch an Sonn- und Feiertagen."

Mittelbar giebt seine Uebereinstimmung mit dieser Ansicht **Ull-**

mann in **von Holtzendorff's** StPR. Bd. I S. 182, zu erkennen. Er erwähnt vorweg die allgemeinen Grundsätze, welche sich sowohl auf die nach Tagen als die nach Wochen und Monaten bestimmten Fristen beziehen, geht dann zur Besprechung der nach Tagen und demnächst der nach Wochen und Monaten festgesetzten Fristen über, und bemerkt bei diesen letzteren, unter alleiniger Hinweisung auf die § 43 Abs. 2 und die Mot. (zum Entwurf einer StPO. vom Januar 1873 S. 39): „Ist jedoch der Tag, an welchem die Frist abläuft, ein allgemeiner Feiertag, so endigt die Frist erst am nächstfolgenden Werktag." **Dalcke** S. 43. **von Schwarze** S. 164. 3. **Thilo** S. 43; besprechen auch die Sonn- und Feiertage nur bei dem § 43. **Voitus** macht S. 110. 4 zu § 43 Abs. 2, unter Hinweisung auf die §§ 115. 126. 128. 129. 135 StPO. die Bemerkung: die Vorschrift werde auf die vom Richter im Interesse des Beschuldigten einzuhaltenden Fristen nicht auszudehnen sein.

Bejaht wird dagegen die Streitfrage von

Puchelt S. 106. 7. Unter Bezugnahme auf die von **Löwe** in der ersten Auflage seines Kommentars S. 294 zu § 42 Note 2 ausgesprochene Ansicht, daß eine nach Tagen bestimmte Frist auch an einem Sonntage oder allgemeinen Feiertage ablaufe, da der § 43 Abs. 2 dort nicht gelte, führt er aus: diese Ansicht, welche sich sichtbar darauf gründe, daß die betreffende Vorschrift den Abs. 2 des § 43 bilde,

> „widerlegt sich aus der allgemeinen Fassung des Abs. 2 und daraus, daß sein Inhalt gemäß Art. 329 HGB. und gemäß § 92 Wechselordnung zweifellos auch für die nach Tagen bestimmten Fristen gilt.
>
> Deutlicher wäre gewesen, nach dem Vorgange des Art. 329 HGB. einen besonderen § zu geben; allein die Stellung als besonderes Alinea in Verbindung mit der allgemeinen Fassung, berechtigt zum gleichen Resultate."

Löwe hat seine frühere Meinung aufgegeben. Er sagt S. 235 der 2. Aufl. Note 2:

> „Auch für die nach Tagen bestimmten Fristen gilt die Vorschrift des § 43. Abs. 2. Die entgegengesetzte in der ersten Aufl. vertretene Ansicht war darauf gegründet, daß jene Vor-

schrift nicht, wie es hätte geschehen sollen, in einen besonderen § aufgenommen worden ist; indeß muß das entscheidende Gewicht auf die ratio legis gelegt werden. Vergl. **Puchelt** S. 106. **Struckmann** und **Koch** S. 157."

Gleichwohl dürfte die von **Dochow** und Gen. vertheidigte Ansicht den Vorzug verdienen.

Vorweg ist zu bemerken, daß die §§ 42. 43 unverändert aus dem Entw., ohne in der Just.Komm. eine Debatte hervorgerufen zu haben, in die StPO. übergegangen sind. Auch in den beiden früheren Entwürfen vom Januar 1873 und von 1873 lauteten die betreffenden §§ 36. 37, bzhw. 35. 36 mit den §§ 42. 43 StPO. übereinstimmend; nur waren die Schlußworte des § 43 Abs. 2 im ersteren dahin gefaßt: „so endigt die Frist an dem nächstfolgenden Werktage."

Die Mot. zu sämmtlichen drei Entwürfen bieten einen Anhalt zur Entscheidung der Streitfrage nicht dar. In den die beiden §§ gemeinschaftlich besprechenden Mot. zu dem ersten derselben war (S. 39) an den Satz, daß es einer Vorschrift darüber nicht bedürfe, daß Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen ohne Einfluß sein sollen, die Bemerkung geknüpft: „Es versteht sich dies um so mehr von selbst, als der § 37 (§ 43 StPO.) eben einzig den Umstand, daß der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, als ein den Ablauf der Frist hinausschiebendes Ereigniß bezeichnet." Dieser Schlußsatz — welcher wegen seiner unmittelbaren Verbindung mit der beide §§ betreffenden, auf die Ferien bezüglichen Bemerkung möglicherweise zu der Auffassung hätte führen können, als solle die die Sonn- und Feiertage betreffende Bestimmung des § 37 (StPO. § 43) auch auf die nach Tagen bemessenen Fristen (§ 36) Anwendung finden — ist aber schon in den Mot. zum Entw. v. J. 1873 fortgeblieben. Es heißt dort an Stelle desselben: „weil die Natur des Strafprozesses eine solche Vorschrift ausschließt" und ferner in dem der StPO. zum Grunde liegenden neusten Entwurf: „weil der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes im § 165 anordnet, daß die Gerichtsferien auf die Behandlung von Strafsachen keinen Einfluß üben sollen." Diese letztgedachten Mot. enthalten außer dem die Gerichtsferien betreffenden Satze zu den §§ 35. 36 (StPO. 42. 43) nur die Bemerkung: Die hier gegebenen Bestimmungen schließen sich denjenigen des Entw. der Civ.PO.

§§ 192. 193 (§§ 199. 200 CPO.) an. Der „Begründung des Entwurfs einer Civ.PO." wird später Erwähnung geschehen. Hier sei nur angeführt, daß dort in Bezug auf beide §§, welche wörtlich mit denen der StPO. übereinstimmen, S. 163 bemerkt ist: dieselben seien den Art. 328. 329. 330 des deutschen HGB., den Art. 32 und 92 der deutschen WechselO. und den Vorschriften der PO. von Hannover u. s. w. im Wesentlichen entsprechend. Der hier in Rede stehenden auf die Sonn- und Feiertage bezüglichen Bestimmung geschieht in sämmtlichen Mot. keine Erwähnung.

Hiernach wird die Entscheidung der Kontroverse allein auf den Inhalt der beiden §§ nach Anleitung der allgemeinen Interpretationsregeln zu gründen sein.

Hiervon ausgegangen, ist aber gegen die Ansicht von **Puchelt** und **Löwe** zunächst geltend zu machen, daß sie nicht zu behaupten vermögen, es lasse sich aus dem § 42, welcher allein die nach Tagen bemessenen Fristen behandelt, irgend wie deduciren, daß das im Abs. 2 des § 43 in Bezug auf die Sonn- und Feiertage für die nach Wochen und Monaten bestimmten Fristen Angeordnete auch auf die erstgedachten Anwendung finden solle. **Löwe** macht für das Aufgeben seiner früheren Ansicht ein Mehreres nicht geltend, als: daß entscheidendes Gewicht auf die ratio legis gelegt werden müsse. Dies Argument — welches auf den für die Strafrechtswissenschaft günstigsten Falls in favorem defensionis anzuerkennenden Satz: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio zurückzuführen sein wird — erscheint aber bedenklich. Allerdings würde manchen Mängeln der StPO. abgeholfen werden können, wenn dem Richter gestattet wäre, eine im Gesetz nicht enthaltene Vorschrift als vorhanden anzunehmen, weil eine vom Gesetz für eine Vorschrift zweifellos zu erkennen gegebene ratio in einem anderen analogen Falle zu der Annahme berechtige, daß hier eine gleiche Bestimmung, obwohl nicht ausgesprochen, so doch gewollt sei. Beispielsweise würde man mit größerem Rechte die auf das Gericht beschränkte Ausnahme des § 353 Abs. 3 von der Regel des § 349 Abs. 2 auch auf den „Vorsitzenden und den Richter, dessen Entscheidung angefochten wird", ausdehnen, so wie ferner die Vorschrift des § 397 StPO. auch auf die Berufung anwenden dürfen, da sich nicht bezweifeln läßt, daß, wenn bei der Berathung dieses § das Rechtsmittel

der Berufung ins Auge gefaßt wäre, eine gleiche Vorschrift auch in Bezug auf sie beschlossen worden sein würde. Allein durch ein solches Verfahren würde der Richter, über seine Sphäre hinausgreifend, in die Rolle des Gesetzgebers eintreten; er würde das von diesem versäumte nachholen.

Dies erwogen würde sich die Ausdehnung der Vorschrift des Abs. 2 des § 43 auf den § 42 selbst dann nicht rechtfertigen lassen, wenn der alleinige Unterschied zwischen den beiden §§ in dem Gegenstande: nach Tagen — bzhw. nach Wochen und Monaten — bestimmte Fristen bestände, im Uebrigen aber die Bestimmungen beider kongruent wären. Aber auch dies ist nicht der Fall; ihr Inhalt ist vielmehr wesentlich von einander verschieden. Der § 42 hat zum alleinigen Gegenstande die Berechnung des Anfangs der Frist. Dagegen ist im § 43 über den Beginn der Frist eine Vorschrift nicht enthalten; er bespricht ausschließlich die Berechnung des Endes derselben, und im unmittelbaren Anschluß an diese Bestimmung über das Ende läßt er im Abs. 2 die gleichfalls nur auf das Ende bezügliche, die Sonn- und Feiertage betreffende Vorschrift folgen.

Puchelt beruft sich auf die Stellung der Vorschrift „als besonderes Alinea in Verbindung mit der allgemeinen Fassung." Allein das Alinea bildet doch ausschließlich einen Theil des § 43, kann daher so wenig, wie die „allgemeine Fassung" auf die Vorschrift eines anderen besonderen § bezogen werden.

Bei dieser Sachlage würde sich die Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 des § 43 auf Fälle des § 42 verbieten, auch wenn sich ein Grund, welcher das Gesetz hätte bestimmen können, dieselbe auf die nach Wochen und Monaten bemessenen Fristen zu beschränken, in der That nicht auffinden ließe. Aber auch dies läßt sich nicht behaupten.

Löwe sagt S. 233. 1. — worin ihm beizutreten sein wird —

> „die in der StPO. vorkommenden Fristen sind theils solche — welche der Richter bzhw. die Staatsanwaltschaft einzuhalten hat. Zu den Fristen der letzteren Art gehören z. B. — die Fristen, innerhalb deren eine gewisse richterliche Handlung vorgenommen sein muß, wenn nicht eine vorausgegangene vorläufige Anordnung außer Kraft treten oder aufgehoben wer-

den soll (z. B. §§ 100. 126). Auch auf die Fristen der zweiten Art finden die §§ 42. 43 Anwendung."

In dem vorstehend von ihm in Bezug genommenen § 100 ist die Frist, nach deren Ablauf die Seitens der Staatsanwaltschaft angeordnete Beschlagnahme eines Briefes auf der Post beim Ausbleiben richterlicher Bestätigung außer Kraft treten soll, auf drei Tage bestimmt. Daß bei dieser Vorschrift beabsichtigt sei, der am Dienstag den 22. Dezember mit Beschlag belegte Brief solle dem Empfangsberechtigten anstatt drei, sechs Tage, und wenn etwa am nächsten Montage die Geburtstagsfeier des Landesherrn stattfindet (**Puchelt** S. 106. 8), sogar sieben Tage vorenthalten bleiben, ist im Hinblick auf das lebhafte Interesse, welches der Wahrung des Briefgeheimnisses bei den Debatten in der Just.Komm. und im Reichstage zugewendet worden ist, nicht anzunehmen. In noch höherem Maße gilt dies hinsichtlich der von **Voitus** S. 110 in Bezug genommenen §§ 115. 128. 129. 135. Denn, findet der Begriff „Fristen" im Sinne der §§ 42. 43 — wie **Ullmann** a. a. O. S. 181, **Löwe** S. 233. 1, **Voitus** S. 109. 1, im Wesentlichen übereinstimmend, erklären — Anwendung, wenn innerhalb eines Zeitraums etwas geschehen, eine Handlung vorgenommen werden soll, so kann der § 42 die Worte „welche nach Tagen bestimmt ist", nicht auf solche Fälle haben beschränken wollen, wo in der betreffenden Vorschrift die Zahl der Tage ausdrücklich angegeben ist, die Tage, während welcher etwas geschehen soll, vielmehr in anderer Weise — jedoch mit gleicher Bestimmtheit — bezeichnet sind. Dies ist aber in jenen 4 §§ dadurch geschehen, daß angeordnet ist: die darin bezeichnete richterliche Handlung müsse am Tage der Verhaftung, Festnahme, Vorführung, oder spätestens am folgenden Tage vorgenommen werden. Die Frist ist in der That in diesen §§ auf zwei Tage, also „nach Tagen" bestimmt. Auch würde, von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen, die Voraussetzung des § 42 ganz allein in dem § 100 zutreffen, da die Frist in § 124 nach Stunden bestimmt ist. Bezieht sich aber der § 42 auf die gedachten 4 §§, so würde in Folge der von **Löwe** und **Puchelt** befürworteten Ausdehnung des Abs. 2 des § 43 auf den § 42 in einem Falle, wo die Verhaftung u. s. w. am Tage vor dem Eintritt von Feiertagen, an welche sich ein Sonntag anschließt, stattgefunden hat, der Richter in seinem Rechte sein, wenn er den Verhaf-

teten nicht „spätestens am folgenden", sondern erst am vierten Tage nach der Einlieferung vornähme.

Daß das Gesetz in der Rücksicht auf solche Fälle einen ausreichenden Grund finden konnte, die auf die Sonn- und Feiertage bezügliche Vorschrift des § 43 auf die nach Wochen und Monaten bestimmten Fristen zu beschränken, läßt sich nicht verkennen.

Wollte man aber auch den § 42 auf die vorbezeichneten 4 §§ nicht für anwendbar erachten, weil die Worte desselben: „wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen ꝛc." für die Fälle jener §§ nicht passen, da nach der Bestimmung derselben der Verhaftungstag als terminus a quo der von dem Richter einzuhaltenden Frist angegeben, also in die Frist miteingerechnet ist, so würde dennoch eine genügende Ratio für die Einschränkung der Vorschrift des Abs. 2 des § 43 auf die nach Wochen und Monaten bemessenen Fristen darin liegen, daß die Bestimmung kürzerer als einwöchentlicher Fristen stets in der Dringlichkeit des Falles ihren Grund hat, die Zulassung mehrtägiger Ausdehnung derselben durch den Eintritt von Sonn- und Feiertagen mithin zweckwidrig sein würde. Auch der Richter wird, da das Gesetz als streng durchgeführte Regel eine einwöchentliche Frist bestimmt — §§ 110. 216. 353. 381. 385. 387. 449. 453. 459 — kürzere Fristen nur in solchen Dringlichkeitsfällen festsetzen.

Es ist auch kaum zu bezweifeln, daß die Ausschließung der Vorschrift des Abs. 2 des § 43 von den Fällen des § 42 auf Absichtlichkeit beruht. Um zu der entgegengesetzten Meinung zu gelangen, müßte man einen hohen Grad von Sorglosigkeit bei der Redaktion der beiden §§ in allen der Emanation des Gesetzes vorangegangenen Stadien ihrer Berathung voraussetzen. Man müßte annehmen, daß die Verfasser der 3 Entwürfe zur StPO. und der darauf bezüglichen Motive, ferner die zu deren Prüfung eingesetzten Kommissionen des Bundesraths und die 28 Mitglieder der Just.Komm. unbeachtet gelassen hätten, daß, wenn eine Vorschrift einen Theil eines Gesetzes-Paragraphen bilden soll, welcher — wie hier der § 42 — in sich vollständig abgeschlossene Bestimmungen enthält, dieselbe entweder diesem § einverleibt oder doch ihre Beziehbarkeit auf denselben zum Ausdruck gebracht sein muß, nicht aber ihre Stelle in einem anderen § erhalten darf, welcher auch einerseits ein vollständiges Ganze bildende Vorschriften enthält. Der-

selbe Vorwurf müßte sich auf die Redaktion der §§ 199. 200 der CivPrO. erstrecken. Hier lassen aber die oben erwähnten Mot. mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf schließen, daß die auf die Sonn- und Feiertage bezügliche Vorschrift absichtlich auf die Wochen- und Monatsfristen beschränkt worden ist. Wie bemerkt, nehmen dieselben S. 163 bei Besprechung der §§ 199. 200 (§§ 192. 193 Entw.) auf die Vorschriften der Art. 32 und 92 der WO. und der Art. 328—330 des HGB. Bezug. Nun unterscheidet aber die WO. im Art. 92 bei der die Sonn- und Feiertage betreffenden Vorschrift überhaupt nicht zwischen längeren und kürzeren Fristen, und das HGB. läßt auf den Art. 328, in welchem es beide Arten von Fristen, sowohl die nach Tagen, als die nach Wochen und Monaten bestimmten, bespricht, in einem besonderen § 329 für beide Fälle die Bestimmung folgen, daß, wenn der Zeitpunkt der Erfüllung einer Verbindlichkeit auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, der nächste Werktag als der Tag der Erfüllung gilt. Hatten aber die Verfasser des Entwurfs, bzhw. der „Begründung" desselben die Vorschriften der von ihnen in Bezug genommenen Art. der WO. und des HGB. vor Augen, und wurden dennoch von ihnen die nach Tagen bestimmten von den nach Wochen und Monaten bemessenen von einander gesondert, in verschiedenen §§ behandelt und nur in dem die letzteren betreffenden § 200 die auf die Sonn- und Feiertage bezügliche Vorschrift aufgenommen, so kann man sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß sie sich der Abweichung von dem Art. 329 des HGB. bewußt gewesen sind und dieselbe für zweckmäßig erachtet haben. Aus der Bemerkung in der „Begründung" a. a. O.: die Bestimmungen der §§ 192. 193 CivPO. seien „im Wesentlichen" den allegirten Art. der WO. und des HGB. entsprechend, wird sich ein Argument gegen diese Annahme bei der Unbestimmtheit jener Worte um so weniger hernehmen lassen, als die Einschränkung der singulären — z. B. bei der Berathung des § 6 der Oesterreichischen StPO. vom J. 1873 (Dr. **Salomon Mayer** Handbuch des Oesterreichischen Strafprozeßrechts) motivirt ganz abgelehnten — die Sonntage und Feiertage betreffenden Vorschrift auf die Wochen- und Monatsfristen für eine wesentliche Abänderung der WO. und des HGB. nicht gelten kann. — **Struckmann** und **Koch**, auf deren „Civilprozeßordnung" **Löwe**, wie erwähnt, Bezug nimmt, weisen für

ihre Ansicht, daß der Abs. 2 des § 200 auch für die nach Tagen und Jahren bestimmten Fristen gelte, S. 157 ihrerseits auf die „Civilprozeßordnung" von **von Wilmowski und Levy** hin, wo S. 186 nur aus der Entstehungsgeschichte der §§ 199. 200 der CivPO. deducirt wird, daß das Fehlen einer dem Abs. 2 des § 199 entsprechenden Vorschrift im § 200 nicht auf Absichtlichkeit beruhe. Wird aber der vorstehend geäußerten Meinung, daß die CivPO. die nach Tagen bestimmten Fristen vorsätzlich von der Vorschrift des Abs. 2 des § 42 ausgeschlossen habe, beigetreten, so dürfte dasselbe auch in Bezug auf die StPO. gelten müssen, da in den Mot. zu letzterer, wie bereits erwähnt, S. 33 ausdrücklich bemerkt ist: die Bestimmungen der §§ 35. 36 des Entw. schlössen sich denen des Entwurfs der CivPO. §§ 192. 193 an, woraus zu schließen ist, daß das in den Mot. zu letzterer Gesagte bei der Bearbeitung der Entwürfe zur StPO. Berücksichtigung gefunden habe.

Sachregister.

A.

B.

E—G.

H und J.

L—R.

S—Z.

Berichtigungen.

S. 374 Z. 2 ist zu lesen: „der" anstatt „vom"
„ 384 Abs. 3. Z. 8: „ist, daß sie" anstatt „hat, daß es".
„ 394 Abs. 2. Z. 7 hinter: „StPO." einzuschalten „in".
„ 397 Abs. 1. Z. 4 v. u.: „wären" anstatt „waren".
„ 414 Abs. 2. Z. 5: „gestattet" anstatt „urtheilt".
„ 434 Z. 5 v. u.: „348" anstatt „349".

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Voitus, C. A.

Kontroversen betreffend die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

Bd.: 1

Berlin 1881